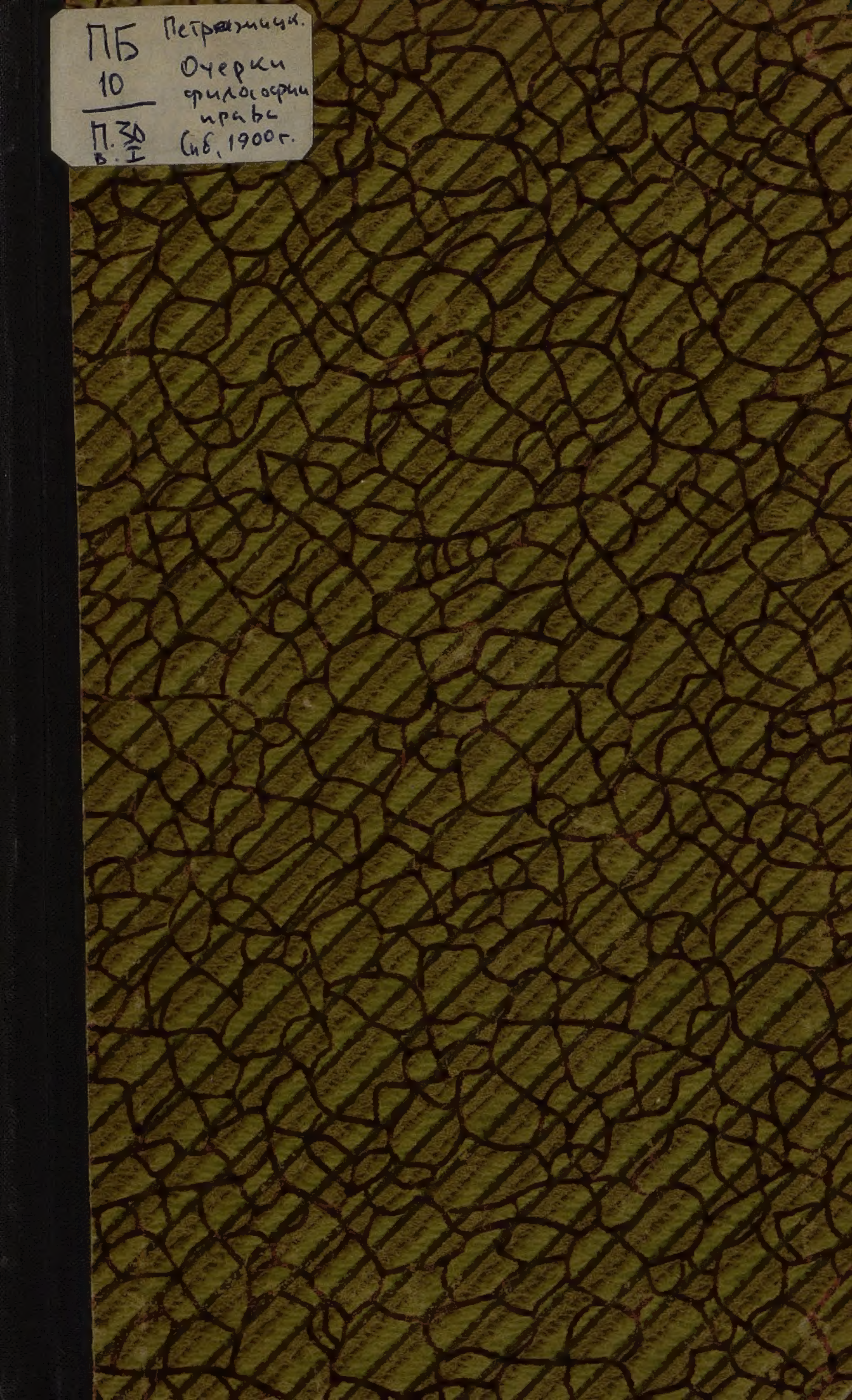

ПБ
10
П. 30
в. I
Петражицк.
Очерки
философии
права
Спб, 1900 г.



ОЧЕРКИ
ФИЛОСОФІИ ПРАВА

Л. І. Петражицкаго
Профессора Императорскаго С.-Петербургскаго университета.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

Основы психологической теоріи права. Обзоръ и критика современныхъ воззрѣній на существо права.

Цѣна 85 коп.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Ю. Н. Эрлихъ, Садовая, № 9.
1900.

ОЧЕРКИ
ФИЛОСОФІИ ПРАВА

Л. І. Петражицкаго

Профессора Императорскаго С.-Петербургскаго университета.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

Основы психологической теоріи права. Обзоръ и критика современныхъ воззрѣній на существо права.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Ю. Н. Эрлихъ, Садовая, № 9.
1900.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго университета печатать разрѣшается 14 Февраля 1900 г. Деканъ *В. Лебедевъ.*

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Замѣченныя опечатки.

Страница.	Строка.	Напечатано:	Должно быть:
55	26	обыкновенно	(обыкновенно
80	26	принужденнаго	присужденнаго
106	1	III. § 11.	III. § 10.
113	14	страдаетъ	страдаютъ
116	8	Іеринга)	Іеринга
116	10	смыслѣ	смыслѣ)
119	5	защиты	защиты интересовъ
127	16	§ 12. Заключеніе	§ 11. Заключеніе

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Подъ философіей права мы разумѣемъ общее ученіе о правѣ какъ съ теоретической такъ и съ политической точки зрѣнія, другими словами, науку, содержащую въ себѣ: 1) теорію, 2) политику права. Сообразно съ этимъ первую часть настоящаго труда составитъ теорія, вторую—политика права.

Болѣе обстоятельное разъясненіе и обоснованіе намѣченнаго взгляда на предметъ философіи права и на отношеніе ея къ существующимъ теперь юридическимъ дисциплинамъ мы доставимъ впослѣдствіи, послѣ предварительнаго обоснованія нѣкоторыхъ общихъ положеній о правѣ.

Первая часть настоящаго изслѣдованія (стр. 1–55) представляетъ перепечатку безъ существенныхъ измѣненій статьи: «Что такое право» въ «Вѣстникѣ Права» 1899 г. № 1.

ГЛАВА I.

Опредѣленіе и общая характэристика права.

§ 1. Предварительныя замѣчанія.

Первая проблема науки права гласитъ: Что такое право?

Для рѣшенія этого вопроса (для установленія и опредѣленія понятія права) мы должны найти 1) общіе и отличительные и при томъ 2) существенные (основные) признаки явленій права.

1. Отыскавъ общіе и отличительные признаки права, т. е. такіе признаки, которые, съ одной стороны, свойственны всѣмъ явленіямъ права, съ другой стороны, несвойственны, чужды прочимъ явленіямъ, мы опредѣлимъ объемъ понятія права, укажемъ какія явленія этимъ понятіемъ обнимаются, какія къ нему не относятся.

Отъ успѣшнаго рѣшенія этой задачи зависитъ опредѣленіе фундамента и годнаго матеріала, безъ которыхъ немыслимо возведеніе прочнаго зданія нашей науки.

Въ самомъ дѣлѣ, не зная общихъ и отличительныхъ признаковъ правовыхъ явленій, мы не можемъ опредѣлить, какія явленія составляютъ область нашего изслѣдованія, какія туда не относятся, каковъ базисъ для нашихъ научныхъ построеній и какой матеріалъ для нихъ годится, такъ что научное зданіе было бы лишено опредѣленнаго и прочнаго фундамента и возводилось бы изъ матеріала сомнительной годности.

Мало того, при отсутствіи яснаго и достовѣрнаго опредѣленія объема понятія права и разграниченія области правовыхъ явленій отъ чуждыхъ областей, не только научное зданіе, какъ цѣлое, лишено было бы опредѣленнаго и прочнаго фундамента, но и всѣ отдѣльныя положенія науки права страдали бы существеннымъ порокомъ, а именно они были бы лишены яснаго и опредѣленнаго научнаго

смысла, ибо они содержали бы сужденія о какомъ-то неопредѣленномъ предметѣ; это были бы сужденія безъ научнаго знанія и сознанія, о чемъ говорится, къ чему они относятся.

2. Требуется отысканіе такихъ признаковъ, которые бы были не только общими и отличительными, но вмѣстѣ съ тѣмъ и *существенными* для правовыхъ явленій, которые бы правильно опредѣлили не только объемъ, но и содержаніе понятія права.

Возможно, что данная категорія явленій отличается отъ другихъ не только по своимъ существеннымъ свойствамъ (основнымъ признакамъ), опредѣляющимъ и объясняющимъ прочія (побочныя) характерныя черты этой категоріи явленій, но вмѣстѣ съ тѣмъ по случайному совпаденію обладаетъ и такимъ чисто внѣшнимъ признакомъ, который существа, основного свойства даннаго явленія не составляетъ и отъ него не зависитъ, но тѣмъ не менѣе даетъ намъ возможность отличать явленія данной категоріи отъ прочихъ явленій (случайные признаки). Возможно также, что какая либо изъ побочныхъ характеристическихъ чертъ (находящихся въ связи съ основнымъ свойствомъ) данной категоріи явленій можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ служить общимъ и отличительнымъ признакомъ этихъ явленій (побочные признаки).

И вотъ для успѣха и правильнаго развитія науки весьма важно отыскать дѣйствительно основные, существенные признаки ея основного и центральнаго понятія, а не принять за таковые побочные или случайные признаки.

Если правильно опредѣлено существо данной категоріи явленій, если открыто ихъ существенное, основное свойство, то наука этимъ обрѣла средство для объясненія и классификаціи вторичныхъ, побочныхъ характерныхъ явленій, свойственныхъ данной области изслѣдованія. Она имѣетъ возможность объяснить ихъ, какъ естественныя или необходимыя слѣдствія основного свойства (объяснительная сила основного признака) и классифицировать ихъ по ихъ отношенію къ основному признаку (классификаціонное значеніе основного признака). Мало того, знаніе существеннаго свойства даетъ наукѣ возможность открывать путемъ дедукціи такія касающіяся данной категоріи явленій истины, которыя еще не были добыты путемъ опыта или наблюденія; она можетъ дедуктивно предвидѣть такіе факты, которые еще не были подмѣчены, ускользнули прежде отъ вниманія изслѣдователей (творческая сила основного признака).

Идеаломъ науки является развитіе ея въ видѣ совокупности понятій и положеній, вытекающихъ (дедуктивно слѣдующихъ) изъ центральнаго принципа и при томъ не въ видѣ простой совокупности, безпорядочной массы, а въ видѣ стройной діалектической системы положеній и понятій, опредѣляемой въ свою очередь отношеніемъ ихъ къ основному понятію и принципу (отношеніемъ подчиненія разныхъ степеней, соподчиненія и т. д.).

Открытіе основного свойства изучаемой категоріи явленій создаетъ свѣтъ и животворящую силу, необходимую для такого идеальнаго построенія науки или, по крайней мѣрѣ, для приближенія къ такому идеалу.

Напротивъ, принятіе какого либо побочнаго или даже случайнаго признака за основной задерживаетъ, искажаетъ развитіе науки и вводитъ въ нее существенный порокъ. Въ этомъ случаѣ наука не только лишена того свѣта и той животворящей силы, которая дается открытіемъ истиннаго существа изслѣдуемой категоріи явленій, но она находится подъ вліяніемъ ложной идеи, она одержима злымъ духомъ, который стремится сбить ее на ложные пути, притупить и исказить ея зрѣніе.

Въ случаѣ ошибочнаго возведенія побочнаго, а тѣмъ паче въ случаѣ возведенія случайнаго признака въ основной, въ наукѣ не только будетъ замѣчаться хаосъ и неустройство, непониманіе и неправильное расположеніе добытыхъ путемъ наблюденія или опыта частныхъ положеній, но и (психологически) необходимо проявится стремленіе къ ошибочнымъ положеніямъ, ложнымъ объясненіямъ, натяжкамъ и т. д. Ибо человѣческому интеллекту вообще, а представителямъ науки въ особенности свойственно стремленіе къ достиженію того, что̀ мы выше, по отношенію къ наукѣ, признали ея идеаломъ, къ систематизаціи и объясненію добытыхъ положеній на основаніи того, что̀ мы считаемъ основнымъ свойствомъ, существомъ главнаго понятія и т. д. (къ синтезу). Это стремленіе, въ случаѣ ошибки въ исходной точкѣ синтеза, въ случаѣ принятія несущественнаго или случайнаго за существенное въ центральномъ и главномъ понятіи науки, превращается естественно изъ просвѣтительной въ помрачительную силу, изъ источника истины и прогресса—въ источникъ ошибокъ и причину застоя или даже регресса [1]).

[1]) Извѣстно, какую роль въ исторіи естественныхъ наукъ игралъ переходъ отъ болѣе или менѣе несущественныхъ и случайныхъ признаковъ изу-

Изъ вышесказаннаго очевидно, что опредѣленіе существа права есть не только первая, но и основная, существенная задача науки права.

Исполнена ли она?

Къ сожалѣнію, нѣтъ. Она до сихъ поръ остается задачей, нерѣшенной проблемой, такъ что наука права до сихъ поръ лишена того прочнаго фундамента и того животворящаго свѣта, о которыхъ мы говорили выше. Попытокъ ея рѣшенія было сдѣлано, конечно, безчисленное множество. Геніальнѣйшіе представители человѣческой мысли, какъ великіе философы, такъ и корифеи юриспруденціи, трудились надъ ея рѣшеніемъ. Но сфинксъ существа права остался и по сей день сфинксомъ.

Ни одно изъ безчисленныхъ предложенныхъ опредѣленій права не получило санкціи науки и не признано общимъ фундаментомъ для возведенія научнаго зданія. Ни одно изъ нихъ не сдѣлалось даже «господствующимъ мнѣніемъ». И теперь можно сказать: «Юристы еще ищутъ опредѣленія для своего понятія права» (Кантъ). Этотъ

чаемыхъ категорій явленій, напр., животныхъ и растительныхъ организмовъ, какъ исходныхъ объяснительныхъ и классификаціонныхъ точекъ, къ существеннымъ (Линней). Сколь различный видъ получаетъ соціологія, смотря по тому, изъ какого понятія общества исходитъ данная система. Если сходство общества съ біологическимъ недѣлимымъ есть только побочная характерная черта общества, находящаяся въ связи съ существомъ (существеннымъ признакомъ) общества, но вытекающая изъ иного „существа“, нежели существо біологическаго индивида, то вполнѣ естественно и понятно, почему соціологи, исходящіе изъ понятія общества, какъ организма, договариваются до разныхъ фантастическихъ положеній и даже смѣшныхъ курьезовъ, почему въ органической школѣ соціологіи вмѣсто научной осторожности замѣчается licentia poëtica, вмѣсто естественныхъ логическихъ выводовъ и классификацій натяжки и прокрустовы операціи, почему, съ другой стороны, каждый отдѣльный соціологъ этой школы разсказываетъ иное и фантазируетъ на иной ладъ, нежели другіе, напр., одинъ считаетъ кровью, сердцемъ, артеріями общественнаго организма одно, другой—другое и т. п.

Юриспруденція, и при томъ не только исторія ея, а и многія теперешнія opiniones doctorum представляютъ особенно богатый источникъ примѣровъ того, какъ искажаетъ все ученіе принятіе случайнаго и несущественнаго признака центральнаго понятія (около котораго группируется данное ученіе) за существенный. Важныя и существенныя для науки гражданскаго права понятія изъ области ученія объ объектахъ гражданскихъ правъ (называемаго обыкновенно ученіемъ о „вещахъ“) опредѣляются по случайнымъ признакамъ, по физическимъ или біологическимъ свойствамъ разныхъ предметовъ, которыя могутъ играть объяснительную, конструктивную и классификаціонную роль въ физикѣ или біологіи, но никоимъ образомъ — не въ психическомъ мірѣ права. Вслѣд-

фактъ самъ по себѣ еще не доказываетъ, конечно, чтобы вся накопившаяся съ теченіемъ времени коллекція опредѣленій права состояла исключительно изъ ошибокъ и заблужденій, чтобы въ кучѣ мусора неудачныхъ опредѣленій не обрѣталась жемчужина истины. Но онъ свидѣтельствуетъ, во всякомъ случаѣ, о томъ, что ни одному изъ изслѣдователей существа права не удалось доказать правильности своего мнѣнія, сообщить ему научную достовѣрность, научную очевидность; и если въ какомъ либо изъ предложенныхъ опредѣленій и кроется вѣрная мысль, то она представляетъ только интуитивно удачную догадку, но не возведена еще въ *научную* истину въ собственномъ смыслѣ, не составляетъ *научнаго* рѣшенія вопроса; ибо не всякое, въ дѣйствительности правильное, изреченіе о чемъ либо обладаетъ полною научною цѣнностью, а только такое, которое научно обосновано.

Такой неуспѣхъ массы попытокъ опредѣлить существо права подалъ въ послѣднее время поводъ къ сомнѣнію въ возможности рѣшенія этой задачи [1]), къ довольствованію явно неудовлетворитель-

---

ствіе этого, вмѣсто правильнаго познанія и пониманія данной области явленій, получается каррикатура, подчасъ не лишенная юмористическаго характера, ср. Petražycki, Lehre v. Einkommen. B. I. § 1 fg. § 20.

Что касается общей теоріи права, то значеніе замѣченнаго въ текстѣ о роли правильнаго опредѣленія существенныхъ признаковъ права подтверждается всѣмъ послѣдующимъ изложеніемъ. Здѣсь для предварительной иллюстраціи воспользуемся слѣдующимъ замѣчаніемъ одного изъ талантливыхъ представителей теоріи интересовъ, теоріи, исходящей при опредѣленіи понятія права изъ понятія интересовъ:

„Такъ какъ право и обязанность всегда служатъ лишь результатомъ разграниченія юридическою нормою сталкивающихся интересовъ, то юридическое значеніе присвоивается лишь тѣмъ фактамъ, которые могутъ служить признакомъ или причиной наличности извѣстныхъ интересовъ или ихъ измѣненія и исчезновенія. Такъ, наприм., рожденіе въ предѣлахъ даннаго государства и отъ его гражданъ предполагаетъ наличность интереса считаться подданнымъ этого самаго государства и потому пораждаетъ право мѣстнаго подданства".

Это разсужденіе вполнѣ послѣдовательно съ точки зрѣнія теоріи, видящей существенный признакъ права въ томъ, что оно защищаетъ интересы или разграничиваетъ сталкивающіеся интересы. Но оно наглядно показываетъ, къ сколь сомнительнымъ частнымъ выводамъ приводитъ возведеніе понятія интереса (защиты, разграниченія интересовъ) въ существенный признакъ права. Развѣ nasciturus можетъ выбирать мѣсто своего будущаго рожденія и къ тому же руководствоваться при этомъ интересомъ (интересъ — хотѣніе извѣстной выгоды) пріобрѣсть подданство даннаго государства?

[1]) Впрочемъ, сомнѣніе въ возможности удовлетворительно опредѣлить су-

ными опредѣленіями, къ стремленію обойти вопросъ объ опредѣленіи понятія права и т. п. средствамъ самоуспокоенія [1]).

Такое отношеніе къ дѣлу вполнѣ понятно психологически, но его слѣдуетъ принципіально признать вреднымъ и ненаучнымъ. Что

щество права выражали уже и нѣкоторые прежніе писатели. Ср., напр., Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. I c. 1. Стр. 212 во второмъ изд. Въ русской литературѣ такому скептическому направленію, повидимому, слѣдовалъ (уже въ старыхъ изданіяхъ) учебникъ энциклопедіи права Реннепкампфа; ср., напр., въ изд. 1880 г. его „Очерковъ юрид. энциклопедіи" на стр. 26 замѣчаніе: „Всѣ извѣстныя донынѣ попытки опредѣлить существо права, въ его полнотѣ и законченности, были безуспѣшны" — и слѣдующую затѣмъ попытку дать описательную характеристику права.

[1]) Ср. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. I. 1892 г., стр. 77: „Къ сожалѣнію, даже о приблизительномъ совпаденіи представленій о правѣ между юристами не можетъ быть рѣчи. Напротивъ, понятіе права теперь колеблется еще болѣе, чѣмъ когда бы то ни было, неустойчивость и неувѣренность еще, если это возможно, увеличиваются. Если присмотрѣться ближе къ литературѣ, то замѣтимъ здѣсь лишь неувѣренныя попытки, движеніе ощупью и наугадъ, установленіе лишь провизорныхъ опредѣленій безъ послѣдующаго обоснованія, чаще же всего смущенный обходъ проблемы и отсутствіе всякаго опредѣленія права въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ безъ таковаго нельзя обойтись".

Однимъ изъ наглядныхъ примѣровъ такого отношенія къ дѣлу является вся книга, въ которой находятся приведенныя строки. Не только значеніе изслѣдованія Бергбома, какъ цѣлаго, но и сила каждаго отдѣльнаго имъ приводимаго аргумента въ пользу защищаемой имъ идеи зависятъ отъ того, какъ опредѣлить существо права (въ книгѣ рѣчь идетъ о видахъ права, о возможности признать извѣстныя явленія видомъ права, что̀ предполагаетъ установленіе родового понятія); а между тѣмъ и въ этой, вообще остроумной, книгѣ замѣчается „смущенный обходъ проблемы и отсутствіе всякаго опредѣленія права" и т. д., т. е. то, въ чемъ авторъ справедливо упрекаетъ другихъ. Онъ, положимъ, возбуждаетъ вопросъ, можетъ ли быть со временемъ достигнуто удовлетворительное опредѣленіе права, причемъ не видно, увѣренъ ли самъ авторъ въ этой возможности или нѣтъ; во всякомъ случаѣ онъ думаетъ, что послѣ всего, что уже сказано о правѣ, „самостоятельное (оригинальное) опредѣленіе права, конечно, болѣе или менѣе резонное, едва ли кѣмъ либо въ будущемъ можетъ быть предложено" (стр. 78); больше толку ждетъ онъ отъ критической сортировки уже слишкомъ обильнаго накопившагося запаса, но и эта задача, по его мнѣнію, весьма трудная; и здѣсь мы наталкиваемся на своеобразныя препятствія; во всякомъ случаѣ „всякое краткое опредѣленіе права было бы совсѣмъ неудовлетворительное, а исчерпывающее и полное опредѣленіе должно было бы выйти слишкомъ длиннымъ" (стр. 82). Но самъ авторъ никакого опредѣленія права не установляетъ и съ увѣренностью въ этомъ направленіи лишь утверждаетъ, что „только то, что дѣйствуетъ въ качествѣ права, есть право, все же прочее сюда не относится; съ другой стороны, все то, что функціонируетъ какъ право, есть право, безъ исключенія" (стр. 80). Иными словами онъ не питаетъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что $x = x$.

Точно также Меркель въ своей Juristische Encyklopädie, отъ которой, ко-

касается обхода проблемы яснаго и точнаго опредѣленія понятія права или пользованія явно неудовлетворительными опредѣленіями, то уже изъ изложеннаго выше видно, что такіе пріемы не являются только отсутствіемъ рѣшенія или неудовлетворительнымъ рѣшеніемъ

нечно, прежде всего слѣдовало бы ожидать опредѣленія права, пытается всячески характеризовать и описать право, но опредѣленія права онъ не даетъ.

Регельсбергеръ въ своемъ общемъ ученіи о правѣ (Pandekten. I. 1893 г., § 9, въ русскомъ переводѣ „Общее ученіе о правѣ". 1897 г., § 1) опредѣляетъ право, какъ „установленный (позитивный) обязательный порядокъ внутри общественнаго союза, образовавшагося вслѣдствіе тѣхъ или другихъ причинъ". Но изъ слѣдующаго же § видно, что самъ авторъ сознаетъ или долженъ сознавать недостаточность этого опредѣленія для разграниченія права и другихъ сродныхъ явленій, а именно, указанные въ опредѣленіи признаки права онъ приписываетъ и такъ называемымъ нравамъ (Sitte). И нравы, какъ и право, „основаны на внѣшнемъ установленіи"; и они регулируютъ (упорядочиваютъ) общественное поведеніе и т. д. Вообще, какъ оказывается, никакого качественнаго отличія между правомъ и нравами предложенное опредѣленіе права не указываетъ. Авторъ ограничивается только (независимо отъ своего опредѣленія права) указаніемъ нѣкоторыхъ количественныхъ различій между правомъ и нравами (послѣдніе охраняются „не столь сильными принудительными мѣрами", они охраняютъ „менѣе важные интересы").

Многіе вводятъ въ опредѣленіе права тотъ признакъ, что право регулируетъ „внѣшнее поведеніе", регулируетъ поведеніе „внѣшнимъ образомъ" и т. п., хотя извѣстно, что право касается и внутреннихъ, психическихъ состояній. Нѣкоторые писатели прямо на это указываютъ въ дальнѣйшемъ изложеніи вопреки своему опредѣленію, другіе ослабляютъ установленное въ опредѣленіи положеніе о внѣшнемъ моментѣ въ томъ направленіи, что въ правѣ принимается во вниманіе „въ первой линіи", „преимущественно", „преобладающимъ образомъ" внѣшній моментъ. Этимъ косвенно признается неудовлетворительность выставленнаго опредѣленія, но оно сохраняется, какъ если бы оно было въ самомъ дѣлѣ правильнымъ опредѣленіемъ (ср., напр., Felix Dahn, Ueber den Begriff des Rechts. 1895 г.).

Іерингъ (Zweck im Recht I. B. 3-е изд. 1895 г. стр. 320 и сл.) опредѣляетъ право согласно съ „ходячимъ опредѣленіемъ", какъ „совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ", но самъ же авторъ перечисляетъ разныя категоріи нормъ, которыя онъ признаетъ правомъ (напр., международное право, разныя нормы публичнаго права), хотя имъ принужденіе не свойственно (междугосударственныя нормы, къ тому же, не являются нормами государственными). Такъ же поступаютъ и многіе другіе авторы, исходящіе при опредѣленіи права изъ понятія принужденія. Ср., напр., Brodmann, Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur. 1897 г. стр. 17 и сл., который надѣется, что и въ международномъ правѣ современемъ воцарится принужденіе, но признаетъ и теперешнее международное право правомъ, вопреки своему утвержденію, что принужденіе есть необходимый признакъ для опредѣленія права. Впрочемъ, изъ другихъ замѣчаній автора видно, что онъ пользуется понятіемъ принужденія лишь вслѣдствіе крайней необходимости, для установ-

одного изъ многихъ вопросовъ науки права, а вводятъ органическій порокъ во *все* зданіе дальнѣйшей системы науки, какъ цѣлое, и лишаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ научнаго характера каждое отдѣльное изъ дальнѣйшихъ сужденій о правѣ [1]), при чемъ это соединяется съ обманомъ или самообманомъ, или ошибочнымъ воображеніемъ, будто дѣйствительно возводится зданіе науки права, будто, по крайней мѣрѣ, дальнѣйшія части системы удовлетворяютъ требованіямъ научности.

Наименѣе поводовъ для порицанія подаютъ тѣ, которые откровенно признаются въ отсутствіи въ ихъ распоряженіи требуемаго товара, не выдавая за него фальсификацій и суррогатовъ. Не научно только изъ крушенія прежнихъ попытокъ рѣшить данную научную

ленія, такъ сказать, внѣшняго суррогата недостижимаго опредѣленія истиннаго существа права. Но въ наукѣ и dura necessitas не извиняетъ того, что противно логикѣ. А опредѣленіе понятія права съ точки зрѣнія принужденія рядомъ съ признаніемъ, что не всѣмъ нормамъ права свойственно принужденіе, противно элементарнымъ правиламъ логики о definitio.

Бродманъ, между прочимъ, не только, подобно нѣкоторымъ другимъ, скептически относится къ возможности въ будущемъ достигнуть опредѣленія существа права, но онъ, повидимому, даже твердо увѣренъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ сизифовымъ трудомъ науки, который никогда не увѣнчается и не можетъ увѣнчаться успѣхомъ. А именно, приведенное сочиненіе его начинается слѣдующими словами:

„Почти столь же старымъ, какъ философія, является вопросъ о существѣ права. Гдѣ только наступило пробужденіе человѣческой мысли, и человѣчество начинало размышлять о себѣ и окружающемъ мірѣ, вездѣ оно наталкивалось на само собою разумѣющееся и, тѣмъ не менѣе, столь таинственное, имъ самимъ осуществляемое, но не понятое, имъ созданное и тѣмъ не менѣе какъ бы Богомъ данное дѣйствіе и господство правопорядка... (Но и теперь еще) не достигнуто ясное пониманіе основъ и (по вопросу о существѣ права) идутъ безконечные споры. Да и иначе быть не можетъ въ области вопроса, который вѣдь является тѣснѣйшимъ образомъ связаннымъ съ глубочайшими проблемами человѣческой жажды познанія, и нѣтъ надежды, чтобы положеніе измѣнилось; и если мы желаемъ преслѣдовать практическія цѣли, то намъ не остается ничего иного, какъ оставить попытки разглядѣть то, что скрыто подъ землею... И я вовсе не берусь за изслѣдованіе того, что недоступно изслѣдованію. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ заниматься только логическою структурою права и его отношеніемъ къ матеріалу, надъ которымъ оно господствуетъ,— вопросами, которые имѣютъ видъ теоретическихъ проблемъ, но которые, какъ я надѣюсь показать, имѣютъ непосредственное практическое значеніе“.

[1]) Превращаютъ его въ сужденіе безъ опредѣленнаго научнаго смысла, сужденіе безъ яснаго и опредѣленнаго понятія, о чемъ говорится, въ случаѣ обхода проблемы, или же въ сужденіе, научно неправильное, въ случаѣ неправильнаго опредѣленія объекта сужденія—права.

задачу, хотя бы эти попытки были предприняты безчисленными и при томъ геніальными представителями науки, а тѣмъ болѣе изъ собственнаго безсилія развязать гордіевъ узелъ дѣлать заключеніе, что и впредь это никому не удастся, что дѣло идетъ о неразрѣшимой загадкѣ.

Для признанія существа права неразрѣшимой загадкой необходимо было бы доказать, что нѣтъ доступнаго человѣческимъ познавательнымъ способностямъ матеріала для рѣшенія проблемы, что такой матеріалъ не существуетъ, или же, если онъ существуетъ, то находится внѣ границъ нашего воспріятія (трансцендентенъ для нашего познанія, метафизиченъ); необходимо было бы гносеологически (на основаніи данныхъ о средствахъ и границахъ познанія) обосновать недоступность проблемы для человѣческаго интеллекта.

Но это не доказано [1]) и доказано быть не можетъ, ибо матеріалъ для рѣшенія вопроса о существѣ права существуетъ, и онъ вовсе не является трансцендентнымъ.

Этотъ матеріалъ состоитъ въ слѣдующемъ:

1. Основнымъ, вполнѣ достовѣрнымъ и непосредственно намъ даннымъ матеріаломъ для познанія существа права являются наши внутренніе психическіе акты.

Дѣло въ томъ, что право есть (этого никто не отрицаетъ) явленіе не внѣшняго, матеріальнаго міра, какъ, напр., камень, дерево, а явленіе духовнаго міра, психическое явленіе, явленіе нашей души; поэтому съ природой его непосредственно познакомиться мы только и можемъ (но зато можемъ познакомиться непосредственно и достовѣрно, не только такъ, какъ съ камнемъ или деревомъ) въ нашей душѣ, т. е. путемъ наблюденія, сравненія, анализа нашихъ же собственныхъ душевныхъ состояній и движеній.

2. Наши внутренніе, психическіе акты (напр., гнѣвъ, радость, желаніе) бываютъ причиною разныхъ тѣлодвиженій (или воздержанія отъ таковыхъ). Сюда, въ частности, относятся тѣ тѣлодвиженія, которыя мы производимъ съ цѣлью сообщить другимъ какое либо наше психическое состояніе или движеніе (мимика, произношеніе или написаніе словъ). По аналогіи, наблюдая такія же дѣйствія со

---

[1]) Такого доказательства, конечно, нѣтъ въ изреченіи, что вопросъ о существѣ права „находится въ тѣснѣйшей связи съ глубочайшими проблемами человѣческаго знанія“ и т. п.

стороны другихъ, мы заключаемъ, что они вызваны такими же причинами, какъ соотвѣтственныя наши дѣйствія, т. е., что въ основѣ ихъ лежатъ такіе же психическіе акты. Мы такимъ образомъ (слушая или читая чужую рѣчь, наблюдая чужія дѣйствія) можемъ косвенно (путемъ заключенія по аналогіи) познавать и психическія явленія въ душѣ другихъ людей. Поэтому и матеріалъ для познанія права, какъ особой области человѣческой психики, доставляетъ намъ также наблюденіе за дѣйствіями, слушаніе или чтеніе рѣчи другихъ и т. д.

3. Поэтому, наконецъ, сюда относятся и всякаго рода сообщенія, повѣствованія и иные источники свѣдѣній о дѣйствіяхъ, рѣчахъ другихъ, историческіе памятники, письма путешественниковъ и т. д.

Важнѣйшимъ и основнымъ матеріаломъ для познанія природы права являются данныя, указанныя sub 1; косвенныя данныя второй (sub 2) и третьей (sub 3) степени дѣлаются для насъ понятными лишь въ томъ случаѣ, если мы при или по ихъ воспріятіи переживаемъ (хотя бы въ качествѣ представленія, воспоминанія) соотвѣтственныя, извѣстныя намъ по внутреннему опыту психическія состоянія. Напр., слова другого или иныя дѣйствія, выражающія радость или гнѣвъ, понятны намъ и могутъ намъ помочь познать природу гнѣва, лишь поскольку они вызываютъ въ нашей душѣ репродукцію (актуальную, острую, въ видѣ дѣйствительнаго гнѣвнаго или радостнаго волненія, или только слабую, блѣдную репродукцію въ видѣ представленія, въ видѣ воспоминанія ощущенія гнѣва или радости) соотвѣтственныхъ психическихъ элементовъ, хотя, можетъ быть, въ новомъ сочетаніи.

Поэтому матеріалы sub 2 и 3 слѣдуетъ разсматривать, какъ расширеніе, обогащеніе, умноженіе матеріала sub 1, къ которому они должны быть сведены, и который служитъ основою для познанія природы права.

Указанный матеріалъ не только не можетъ быть сочтенъ трансцендентнымъ для нашего познанія, но, напротивъ, является болѣе чѣмъ доступнымъ, ибо непосредственно и съ абсолютною достовѣрностью намъ даннымъ [1]). Сомнѣніе въ доступности вопроса о природѣ права человѣческому познанію не возникло бы вовсе, если бы былъ уясненъ вопросъ о данныхъ для рѣшенія проблемы.

---

[1]) По аналогіи съ декартовскимъ: „cogito, ergo sum“ можно сказать: jus mihi inest, ergo sum: я сознаю въ себѣ право (правовые психическіе акты), стало быть—я существую.

§ 2. Существо права.

Размышляя въ разныхъ случаяхъ жизни, какъ намъ поступить, на что рѣшиться, мы иногда чувствуемъ себя совершенно свободными. ничѣмъ не связанными въ выборѣ такого или иного поведенія. Отправиться ли мнѣ на прогулку, или остаться дома, купить книгу въ такомъ-то магазинѣ, или въ другомъ, поселиться на такой-то улицѣ, или на другой,—это вполнѣ зависитъ отъ моего усмотрѣнія. Я выбираю такое дѣйствіе или воздержаніе,—напр., чтеніе романа вмѣсто прогулки, отдыхъ вмѣсто работы,—которое мнѣ кажется болѣе пріятнымъ, или такое рѣшеніе (напр., взять квартиру недалеко отъ центра города), которое мнѣ представляется цѣлесообразнымъ, удобнымъ для меня.

Въ другихъ случаяхъ мы, напротивъ, замѣчаемъ *связанность* нашей воли, мы чувствуемъ и сознаемъ, что мы обязаны (обвязаны) поступить такъ-то (напр., не молчать, а сообщить по правдѣ такой-то фактъ) или воздержаться отъ такого-то поступка (напр., отъ сообщенія ложнаго факта), такъ что не приходится и разсуждать о томъ, доставитъ ли намъ такой-то поступокъ или воздержаніе пользу или нѣтъ, послужитъ ли онъ для насъ источникомъ какихъ либо удовольствій или навлечетъ на насъ непріятности. Какой-то «внутренній голосъ» авторитетно указываетъ, предписываетъ, предопредѣляетъ наше поведеніе, наша совѣсть «повелѣваетъ» намъ то или другое; иными словами, намъ присущи такія убѣжденія, которыя властно и авторитетно для насъ же самихъ нормируютъ наше поведеніе.

И по отношенію къ другимъ мы приписываемъ такимъ убѣжденіямъ высшій авторитетъ: я обязанъ въ данномъ случаѣ поступить такъ-то, и всякій другой на моемъ мѣстѣ (т. е. при наличности подобныхъ обстоятельствъ) обязанъ былъ бы поступить такъ же. Такимъ образомъ, изъ нашихъ убѣжденій указаннаго типа мы выводимъ обязанности и для другихъ, приписываемъ обязанности другимъ.

Какъ это возможно и какъ психологически объяснить, что мы извѣстнымъ нашимъ убѣжденіямъ приписываемъ высшій, связывающій и подчиняющій авторитетъ по отношенію къ нашему же я и по отношенію къ другимъ людямъ, этотъ вопросъ мы разсмотримъ

впослѣдствіи (въ связи съ ученіемъ о происхожденіи права). Теперь мы констатируемъ только наличность этого своеобразнаго психическаго факта, каковъ онъ есть и несомнѣнно удостовѣряется самонаблюденіемъ.

Отмѣченное выше чувство связанности воли, сознаніе необходимости подчиненія ея извѣстному авторитетному импульсу (авторитетному побужденію къ такому или иному поведенію) мы выражаемъ словами: обязанность, долгъ, обязательство, долженствованіе, а тѣ убѣжденія, которыя порождаютъ такія или иныя обязанности, т. е. авторитетно регулируютъ наше поведеніе (авторитетно-импульсивныя убѣжденія) мы называемъ нормами, императивами.

Наше чувство и сознаніе связанности воли, сознаніе долга, въ свою очередь, въ различныхъ случаяхъ имѣетъ различную природу. Вообразимъ себѣ (воспроизведемъ) и сравнимъ наше психическое состояніе въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ:

1) Иванъ находится въ такомъ положеніи, что мы считаемъ своею (нравственною) обязанностью оказать ему помощь, напр., дать взаймы или дать просто 10 рублей.

2) Мы уговорились съ извозчикомъ Петромъ, что онъ повезетъ насъ въ городъ, и за это получитъ 10 рублей. Теперь мы пріѣхали, и я считаю себя обязаннымъ уплатить условленную сумму, или, положимъ, Петръ выигралъ у меня въ карты или далъ мнѣ взаймы 10 рублей, и потому я сознаю свою обязанность уплатить (или возвратить) ему эту сумму.

Въ обоихъ случаяхъ мы замѣчаемъ авторитетный импульсъ дать 10 руб., связанность нашей воли нашими убѣжденіями, но наше (психическое) отношеніе къ Ивану рѣзко отличается отъ нашего отношенія къ Петру.

Ивану мы ничего не должны, ему ничего отъ насъ не «слѣдуетъ», не «причитается»; если онъ получитъ 10 р., то это дѣло нашей «доброй воли». Несмотря на связанность нашу по отношенію къ нашимъ собственнымъ убѣжденіямъ, къ нашей «совѣсти», *по отношенію къ Ивану* мы считаемъ себя *свободными*, не связанными, и отъ него ожидаемъ признанія этой свободы, признанія нашей «доброй воли», дать или не дать, а во всякомъ случаѣ не ожидаемъ противоположнаго отношенія. Въ частности, напр., если бы онъ сталъ требовать и домогаться платежа, какъ чего-то *ему* должнаго, то такое поведеніе показалось бы намъ въ высшей сте-

пени неумѣстнымъ и даже нахальнымъ, и, можетъ быть, мы именно нарочно измѣнили бы свое первоначальное намѣреніе дать ему 10 р., чтобы научить его не заявлять неумѣстныхъ претензій и домогательствъ въ такомъ дѣлѣ, которое зависитъ отъ нашей доброй воли. Точно также, если, положимъ, наши средства весьма ограничены, и мы встрѣчаемъ человѣка болѣе нуждающагося въ нашей помощи, нежели Иванъ, то мы можемъ измѣнить наше первоначальное намѣреніе оказать помощь Ивану и дадимъ предназначенную для него сумму другому; въ этомъ мы не увидимъ никакого нарушенія нашихъ обязанностей по отношенію къ Ивану, никакой провинности по отношенію къ нему, никакого лишенія его того, что ему слѣдуетъ, причитается, ибо ему отъ насъ ничего не слѣдуетъ.

Различая въ обязанности дать 10 р. отрицательную сторону, отрицательный полюсъ, будущій минусъ для меня, долженствованіе изъятія изъ моихъ средствъ 10 р., выдачу 10 р., и положительную сторону, будущій плюсъ для другого, необходимость прибавленія къ имуществу Ивана, полученіе 10 р., мы можемъ сказать по поводу нашего отношенія къ Ивану, что положительная сторона нашей обязанности не закрѣплена за Иваномъ, что мы чувствуемъ по отношенію къ нему свободу отвернуть отъ него положительный полюсъ нашего намѣренія, напр., направить его на другого, болѣе нуждающагося и т. д.

Совсѣмъ иное, прямо противоположное, говоритъ намъ наше сознаніе о нашемъ отношеніи къ Петру, который заработалъ отъ насъ 10 р., доставивъ насъ въ городъ, или которому мы проиграли 10 р.

Ему мы должны 10 р., ему слѣдуетъ, причитается отъ насъ получить 10 р. По отношенію *къ нему* мы *связаны*, лишены свободы дать или не дать. Заявленіе извозчику, требующему отъ насъ условленной платы, что мы платить не желаемъ, что это зависитъ отъ нашей «доброй воли», намъ кажется абсолютно недопустимымъ, безстыднымъ, нахальнымъ. Неисполненіе обязанности въ этомъ случаѣ представляется намъ лишеніемъ другого того, что ему слѣдовало, а исполненіе не представляется какимъ-то добрымъ дѣломъ, подающимъ поводъ къ благодарности (какъ въ первомъ случаѣ), а лишь доставленіемъ другому должнаго ему, suum tribuere, non laedere.

Очевидно, въ этомъ случаѣ появляется совсѣмъ «иная психологія», нежели въ первомъ случаѣ.

Во второмъ случаѣ положительную сторону нашей обязанности, направленную на будущее полученіе 10 р. со стороны Петра, мы признаемъ закрѣпленною за нимъ, какъ что-то пріобрѣтенное имъ (заработанное, выигранное и т. п.), такъ что мы не чувствуемъ свободы отвернуть отъ него положительный полюсъ нашего долженствованія, лишить его полученія и т. д.

Если мы вообразимъ себя въ роли не лица обязаннаго, а противостоящаго ему, поставимъ себя мысленно въ роли Ивана и въ роли Петра въ приведенныхъ выше примѣрахъ, и сравнимъ наши психическія состоянія и движенія въ этихъ воображаемыхъ положеніяхъ, то мы явственно замѣтимъ въ нихъ вполнѣ аналогичныя, параллельныя психологическія различія. Эти различія здѣсь выступаютъ даже рѣзче и рельефнѣе, нежели въ томъ случаѣ, если мы занимаемся самонаблюденіемъ въ качествѣ обязанныхъ.

Если мы, положимъ, находимся въ такомъ затруднительномъ положеніи, что нуждаемся въ помощи (напр., для уплаты денегъ за ученіе) и считаемъ возможнымъ принять таковую отъ лица X, напр., отъ нашего богатаго родственника, то, хотя бы мы и считали нравственною обязанностью нашего родственника помочь намъ, мы все-таки признаемъ его «добрую волю» дать или не дать нужную сумму, увидимъ въ его поступкѣ доброе дѣло или любезность по отношенію къ намъ, оказать которую или не оказать вполнѣ зависѣло отъ его усмотрѣнія etc., а, можетъ быть, мы бы вовсе не захотѣли воспользоваться его помощью, «принять подачку».

Совсѣмъ иного характера было бы наше психическое состояніе въ томъ случаѣ, если бы мы ожидали полученія отъ X. 10 р., которые мы ему дали взаймы, или которые онъ намъ долженъ за репетиторскія занятія съ его сыномъ. Мы бы во всякомъ случаѣ не стѣснялись принять эту сумму отъ него, не чувствовали бы особой благодарности въ случаѣ платежа, считали бы X. связаннымъ и обязаннымъ по отношенію къ намъ, приняли бы платежъ, какъ нѣчто должное намъ, какъ «свое»; подобно тому, какъ давая деньги взаймы частному лицу или банку, мы не лишаемся нашего имущества, нашего добра, а только превращаемъ его въ иную форму, въ долгъ частнаго лица или банка по отношенію къ намъ, такъ и получая обратно данныя взаймы деньги мы не получаемъ новаго блага, не испытываемъ «благодѣянія»; здѣсь мы видимъ только

превращеніе принадлежащаго намъ уже блага, обязанности (долга) банка или частнаго лица по отношенію къ намъ въ иную форму,— въ звонкую монету.

Какъ съ точки зрѣнія обязаннаго, такъ и съ точки зрѣнія того лица, на которое направляется положительный полюсъ обязанности, различіе разсмотрѣнныхъ двухъ категорій случаевъ сводится къ тому, что во второй категоріи случаевъ обязанность одного (съ ея положительной стороны) сознается закрѣпленною за другимъ, принадлежащею другому, какъ его добро (alii attributum, acquisitum), чего нѣтъ въ случаѣ первой категоріи.

Обязанности перваго рода, т. е., по отношенію къ другимъ свободныя (односторонне связывающія) обязанности, мы будемъ называть нравственными обязанностями.

Обязанности второго рода, т. е., по отношенію къ другимъ несвободныя (закрѣпленныя активно за другими и образующія, такимъ образомъ, двустороннюю связь) обязанности, мы будемъ называть *правовыми* (юридическими) *обязанностями.*

Чувство и сознаніе нашей связанности по отношенію къ другимъ мы выражаемъ словомъ право, а именно тому, за кѣмъ наша обязанность представляется закрѣпленной, кому принадлежитъ нашъ долгъ, мы приписываемъ право или притязаніе въ юридическомъ смыслѣ. Наше право есть не что иное, какъ закрѣпленный за нами, принадлежащій намъ, какъ наше добро, долгъ другого лица.

Особенно ясно и рельефно выступаетъ эта принадлежность намъ чужой обязанности въ области права въ томъ случаѣ, если мы этою обязанностью (ея положительнымъ полюсомъ) распоряжаемся путемъ продажи другому, даренія, обмѣна съ нимъ на какое либо другое благо. Если, напр., А. долженъ намъ 100 руб., то мы можемъ этотъ долгъ его передать В, безвозмездно или же за вознагражденіе, напр., за 90 р. наличными; В., можетъ быть, продастъ это обязательство С и т. д. Не спрашивая даже согласія А., мы можемъ повернуть положительный полюсъ его обязанности къ какому либо другому лицу, кому намъ заблагоразсудится, и А. послѣ нашего распоряженія является обязаннымъ къ платежу по отношенію къ тому, должникомъ того, кому мы подарили или продали его долгъ. Производится такое распоряженіе различными способами, напр., путемъ передачи другому документа (если таковой былъ составленъ), свидѣтельствующаго о томъ, что А. долженъ намъ

100 р., съ надписью на немъ «вмѣсто меня—(уплатите) такому-то», или просто путемъ передачи документа, или путемъ простого соглашенія передающаго чужой долгъ съ тѣмъ, кому обязательство передается (причемъ прежній управомоченный обыкновенно извѣщаетъ обязаннаго, что долгъ переведенъ на другого, что теперь управомоченнымъ слѣдуетъ признавать такого-то). Это явленіе часто замѣчается въ обыденной жизни, а на биржѣ, напр., спеціально занимаются торговлей чужими обязательствами.

Чужими нравственными обязанностями (ср. выше примѣръ 1) намъ бы и въ голову не пришло распоряжаться. Торговля чужими нравственными обязанностями есть nonsens; нравственная обязанность есть въ отношеніи къ противостоящимъ и окружающимъ обязаннаго лицамъ свободная обязанность; никому она не принадлежитъ и никто ею распоряжаться не можетъ. Напротивъ, правовая обязанность своимъ положительнымъ полюсомъ закрѣплена за другимъ, принадлежитъ другому и можетъ быть поэтому предметомъ распоряженія.

Кромѣ продажи или иной передачи другимъ, возможно и иное распоряженіе своимъ правомъ, притязаніемъ, т. е. чужою правовою обязанностью; напр., мы можемъ просто уничтожить или уменьшить ее, не передавая другому (напр., отказаться отъ всего притязанія или части его, т. е. освободить обязаннаго отъ всего обязательства или части его).

Впрочемъ, нѣкоторыя правовыя обязанности столь неразрывно связаны своимъ положительнымъ полюсомъ съ личностью другого субъекта (управомоченнаго), что послѣдній не можетъ передать своего притязанія третьему лицу (т. н. чисто личныя права, неотчуждаемыя права). Точно также онъ можетъ быть въ конкретномъ случаѣ лишенъ распоряженія (напр., по уговору съ обязаннымъ) такимъ притязаніемъ, которое само по себѣ допускаетъ передачу, и т. п. Поэтому ошибочно было бы описанную возможность распоряженія считать общимъ и существеннымъ признакомъ права, вводить ее въ само понятіе права. Обязанность одного субъекта въ области права съ своей положительной стороны всегда принадлежитъ другому субъекту, но не всѣмъ тѣмъ, что намъ принадлежитъ, и не всегда мы можемъ распоряжаться.

Изложенному различію между свободными по отношенію къ другимъ 'непринадлежащими другимъ, нашими обязанностями, съ

одной стороны, и обязанностями, закрѣпленными за другими, съ другой стороны, соотвѣтствуетъ различіе между нашими убѣжденіями, вызывающими связанность нашей воли, между присущими нашей психикѣ нормами.

Существо однихъ изъ этихъ нормъ (напр., слѣдуетъ оказывать помощь нуждающимся, мы должны утѣшать страждущихъ, люби ближняго твоего) состоитъ исключительно въ авторитетномъ предопредѣленіи нашего поведенія.

Существо же другихъ нормъ (напр., проигранное въ карты должно быть уплачено выигравшему партнеру, занятыя деньги должны быть возвращены занявшимъ) состоитъ въ двухъ функціяхъ: съ одной стороны онѣ авторитетно предопредѣляютъ наше поведеніе, съ другой стороны онѣ авторитетно отдаютъ другому, приписываютъ какъ ему должное то, чего онѣ требуютъ отъ насъ.

Если первый разрядъ нормъ можно назвать императивами, то сущность и значеніе второго разряда нормъ этимъ не будетъ достаточно характеризована, ибо ихъ существо не состоитъ только въ imperare, а въ imperare + attribuere; эти нормы, въ pendant къ выраженію императивъ, можно опредѣлить, какъ нормы аттрибутивныя, какъ «аттрибутивы».

Между тѣмъ какъ нормы императивныя имѣютъ односторонній характеръ: авторитетно налагаютъ бремя на одно лицо, ничѣмъ не надѣляя другихъ,—аттрибутивныя нормы имѣютъ двусторонній характеръ, испускаютъ, такъ сказать, два луча, дѣйствуютъ двумя рукавами, одновременно налагая минусъ на одного и снабжая соотвѣтственнымъ плюсомъ другого. Первыя нормируютъ только положеніе обязаннаго, вторыя же одновременно нормируютъ положеніе двухъ лицъ. Для одного онѣ представляютъ авторитетное опредѣленіе и мѣру, показывающую, къ чему онъ обязанъ, что̀ онъ долженъ; для другого же онѣ представляютъ авторитетную мѣру, норму того, что ему должны другіе, что ему причитается, слѣдуетъ отъ другихъ; отчисляемое, вычитаемое отъ одного причитается, дается аттрибутивною нормою другому.

Аттрибутивныя нормы и составляютъ нормы права, юридическія, правовыя нормы.

Вышеизложенныя замѣчанія содержатъ указаніе существа права и базисъ для синтетическаго построенія науки права. Что это такъ, должно обнаружить и доказать дальнѣйшее изложеніе, но уже те-

перь, для общей характеристики права и болѣе нагляднаго и подробнаго уясненія его существа, слѣдуетъ показать, что аттрибутивная природа права (obligatio alii attributa, norma attributiva) предопредѣляетъ и уясняетъ систему элементарныхъ (основныхъ) понятій науки права и своеобразную структуру юридическихъ наукъ, а равно даетъ намъ ключъ къ объясненію разныхъ дальнѣйшихъ характерныхъ чертъ права. Этимъ положеніямъ посвящены слѣдующіе §§ 3—6.

§ 3. Система элементарныхъ юридическихъ понятій и структура юридическихъ наукъ.

Элементами, на которые разлагаются и къ которымъ сводятся всѣ правовыя явленія, и вмѣстѣ съ тѣмъ основными понятіями для всякой юридической науки являются: 1) нормы права, 2) правоотношенія, 3) права, 4) обязанности, 5) субъекты, 6) объекты правъ.

Различныя воззрѣнія на существо права, которыя намъ придется разсмотрѣть ниже, не содержатъ въ себѣ единаго и прочнаго основанія ни для научнаго опредѣленія этихъ понятій въ отдѣльности, ни для уясненія ихъ связи между собою и ихъ значенія, какъ необходимыхъ категорій юридическаго мышленія. Съ точки зрѣнія психической аттрибутивной природы права эти понятія опредѣляются и располагаются въ необходимой логической связи другъ съ другомъ слѣдующимъ образомъ.

Нормы права, согласно вышеизложенному, суть такія нормы, которыя, налагая на одно лицо обязанность, въ то же время авторитетно закрѣпляютъ положительный полюсъ этой обязанности за другимъ лицомъ (авторитетно приписываютъ будущій положительный результатъ обязанности одного лица другому, какъ ему должное, ему слѣдуемое, ему причитающееся).

Правоотношеніе и есть та связь между двумя лицами, которая устанавливается юридическою нормою; иными словами: правоотношеніе есть связь между двумя лицами, состоящая въ томъ, что обязанность одного лица закрѣплена съ своей положительной стороны за другимъ лицомъ.

Право, или юридическое притязаніе, есть то же правоотношеніе съ его активной, положительной стороны (съ точки зрѣнія аттрибутивной функціи). Юридическая обязанность есть то же правоотношеніе съ его отрицательной, обременительной стороны (съ точки зрѣнія императивной функціи).

Отсюда видно, что выраженія: «правовая обязанность», «право» и «правоотношеніе» обозначаютъ одно и то же явленіе (принадлежность долга одного лица другому), но только разсматриваемое съ различныхъ точекъ зрѣнія; то, что съ точки зрѣнія пассива (debet) и соотвѣтственнаго субъекта (обремененнаго) мы называемъ юридическою обязанностью, съ точки зрѣнія актива (habet) и субъекта принадлежности (одареннаго) является правомъ, а съ нейтральной точки зрѣнія, обнимающей обѣ стороны пассивно-активной связи (debet-habet), является правоотношеніемъ.

Изъ установленнаго понятія правоотношенія (права, юридической обязанности) слѣдуетъ, что оно немыслимо безъ представленія о двухъ лицахъ, во-первыхъ, о томъ, къ которому обращена императивная функція правоотношенія (обязаннаго), во-вторыхъ, о томъ, къ которому обращена аттрибутивная функція правоотношенія (управомоченнаго). Эти лица и называются субъектами правоотношенія; субъектъ актива («положительный» субъектъ) называется субъектомъ права; субъектъ пассива («отрицательный» субъектъ) называется субъектомъ обязанности.

Точно также немыслимо правоотношеніе (обязанность, право) безъ предмета, т. е., того, чтó требуется отъ обязаннаго для управомоченнаго; быть обязаннымъ ни къ чему = не быть обязаннымъ; имѣть право на ничто = не имѣть права; imperare мыслимо только при томъ условіи, что отъ того, къ кому обращено велѣніе—требуется такое или иное поведеніе, «дѣйствіе», будетъ ли это совершеніе чего-либо, напр., уплатить другому сто рублей, или воздержаніе отъ какого-либо дѣянія, напр., не трогать чужой вещи, и т. п.; точно также attribuere мыслимо только при томъ условіи, что предоставляется что-либо, а не ничто. Вотъ это необходимое дополненіе къ глаголамъ imperare и attribuere, необходимый предметъ требованія отъ одного, императивной функціи, и предоставленія другому, аттрибутивной функціи, и есть объектъ правоотношенія. И въ объектѣ правоотношенія, какъ и въ самомъ правоотношеніи, можно различать двѣ стороны, положительную сторону, объектъ права (мы можемъ назвать его «положительнымъ» объектомъ) и отрицательную, объектъ обязанности («отрицательный» объектъ). Съ точки зрѣнія обязанности объектъ есть предметъ imperare, т. е. то поведеніе, то дѣйствіе (въ общемъ смыслѣ, такъ что сюда подходитъ и воздержаніе) отрицательнаго субъекта, которое обязанность стремится из-

влечь, добыть отъ обязаннаго (dare centum); съ точки зрѣнія притязанія объектъ есть предметъ attribuere, то явленіе, которое право стремится доставить управомоченному, создать для него (accipere centum), воспріятіе дѣйствія обязаннаго. Съ точки зрѣнія двуглаваго Януса—правоотношенія и объектъ есть двуглавый Янусъ, а именно: объектъ правоотношенія есть то двустороннее явленіе (dare-accipere), которое правоотношеніе стремится вызвать между субъектами, и которое съ точки зрѣнія одного субъекта является дѣйствіемъ, къ которому онъ обязанъ, съ точки зрѣнія другого субъекта — полученіемъ, воспріятіемъ этого дѣйствія.

Двусторонняя связь, состоящая въ правѣ и обязанности, два субъекта и двусторонній объектъ — представляютъ не только необходимые элементы правоотношенія, необходимыя категоріи мышленія правоотношенія, такъ что при отсутствіи обоихъ или одного субъекта, или объекта, или обязанности, или права немыслимо и правоотношеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и достаточныя категоріи для полнаго опредѣленія, для всесторонняго обнятія мыслью всякаго правоотношенія. Разъ опредѣлено, «кто» «обязанъ», «къ какому дѣйствію», «кто» «имѣетъ право», «на что», то правоотношеніе вполнѣ опредѣлено; на всѣ вопросы, касающіеся состава правоотношенія, отвѣчено.

При этомъ для опредѣленія всего состава правоотношенія нѣтъ необходимости отдѣльно указывать обѣ стороны тѣхъ элементовъ, которые представляютъ единое явленіе съ двойственнымъ характеромъ. Напр., если дѣло идетъ о правоотношеніи между покупщикомъ Иваномъ и продавцомъ Петромъ, то, указавъ, что Иванъ «обязанъ» «уплатить покупщику цѣну 10 руб.», мы тѣмъ самымъ опредѣлили, что Петръ «имѣетъ право» «на полученіе 10 руб.». Или мы можемъ удовольствоваться опредѣленіемъ активной стороны; указавъ въ отношеніи между покупщикомъ и продавцомъ, на «право» (положительную сторону правоотношенія) и предметъ права (положительный объектъ), мы eo ipso указали на существованіе соотвѣтственной обязанности и опредѣлили отрицательный объектъ. Такимъ образомъ, при изложеніи правоотношеній мы можемъ держаться по усмотрѣнію активной или пассивной точки зрѣнія.

Сказаннымъ выше объясняется своеобразная структура юридическихъ наукъ. Между тѣмъ какъ этика, имѣющая дѣло съ исключительно императивными нормами, имѣетъ дѣло только съ однимъ

субъектомъ и говоритъ только объ обязанностяхъ, юридическія науки, кромѣ понятія нормы и обязанности, изучаютъ еще «права», говорятъ не только о субъектахъ обязанностей, но и о субъектахъ правъ, объ объектахъ правъ, о пріобрѣтеніи, уступкѣ, потерѣ правъ и т. д.

При этомъ иногда promiscue употребляется то активная, то пассивная точка зрѣнія изложенія. Одинъ и тотъ же авторъ, напр., излагая содержаніе правоотношенія между покупщикомъ и продавцомъ, говоритъ то о правахъ покупщика, то объ обязанностяхъ продавца, или одинъ предпочитаетъ активную точку зрѣнія, другой пассивную, или въ однѣхъ областяхъ науки права обычно предпочтеніе активной точки зрѣнія, въ другихъ же частяхъ объ управомоченныхъ и правахъ рѣже упоминается, а фигурируютъ, главнымъ образомъ, обязанные и обязанности. Это—чисто внѣшнее различіе формы выраженія, не измѣняющее того существа дѣла, что въ правѣ всякій элементъ необходимо имѣетъ двойственный или двусторонній характеръ: норма права имѣетъ двѣ функціи, правоотношеніе есть двусторонняя связь между двумя непремѣнно субъектами и т. д.

Изъ изложенной теоріи само собою вытекаетъ, но во избѣжаніе недоразумѣній можетъ быть съ пользою особо отмѣчено:

1) Что установленныя выше понятія нормы права, правоотношенія и его элементовъ вовсе не предполагаютъ непремѣнно существованія организованнаго общественнаго союза, напр., государства, признанія нормы или правоотношенія со стороны окружающихъ насъ лицъ, существованія судовъ, законодателя и т. п. явленій, представленія о которыхъ обыкновенно соединяются съ мыслью о правѣ, особенно въ умѣ юристовъ [1]). Напротивъ, съ точки зрѣнія нашего понятія права, правовымъ явленіемъ, правовымъ психическимъ актомъ приходится признать, напр., и такую аттрибутивную норму или такое сознаніе долженствованія или принадлежности правового притязанія, которыя существуютъ только въ душѣ одного человѣка и не встрѣчаютъ признанія и согласія со стороны общественной власти, суда или вообще кого бы то ни было другого, кромѣ того, кто переживаетъ эти психическія состоянія. Представимъ себѣ, напр., что кто-либо изъ насъ очутился на Марсѣ, встрѣтилъ тамъ какое-либо человѣко-подобное существо, которое отнес-

[1]) Между прочимъ, выше мы для разъясненія существа права воспользовались примѣромъ игорнаго долга, но наши законы игорныхъ долговъ не признаютъ, такъ что и судъ призналъ бы такой долгъ не существующимъ.

лось къ намъ вообще не враждебно, но взяло какую-либо изъ нашихъ вещей, напр., ножъ, и не хочетъ его возвратить, т. е. исполнить того, на что мы приписываемъ себѣ очевидное и несомнѣнное право. Дѣйствіе законовъ и властей, установленныхъ на землѣ, на Марсъ вовсе не простирается, встрѣченное нами тамъ существо не признаетъ для себя обязательными и не знаетъ даже тѣхъ нормъ, которыми мы руководимся, не сознаетъ вовсе обязанности возвратить взятую вещь; тѣмъ не менѣе въ данномъ воображаемомъ примѣрѣ имѣется явленіе, вполнѣ подходящее подъ наше понятіе права; есть налицо норма права (ссудившему вещь она должна быть возвращена) и правоотношеніе, правовое притязаніе и правовая обязанность—въ душѣ новаго обитателя Марса, который приписываетъ себѣ право, а туземцу обязанность.

2) Мало того, для наличности правового явленія въ нашемъ смыслѣ, какъ нормы права, такъ и правоотношенія, не требуется не только признанія нашей нормы, нашего права или нашей обязанности со стороны кого бы то ни было другого, но даже существованія въ смыслѣ внѣшней реальности, реальности внѣшняго міра, какого-либо существа, кромѣ того, кто переживаетъ норму права или правоотношеніе. Если, напр., суевѣрный или умалишенный человѣкъ заключаетъ договоръ съ дьяволомъ (сонъ, гипнозъ, idée fixe, галлюцинація, иллюзія и т. п.), напр., договоръ продажи души, брачный договоръ (женщина, считающая себя вѣдьмою), то здѣсь дѣйствуетъ норма права, предписывающая исполненіе договора, существуетъ правоотношеніе, права и обязанности, объекты правъ и обязанностей, два субъекта и т. д., хотя дьяволъ, которому суевѣрный субъектъ въ нашемъ примѣрѣ приписываетъ права и обязанности, не существуетъ, какъ внѣшняя реальность. Право есть психическое явленіе и его элементы есть элементы психическаго акта, а не какіе-либо предметы, находящіеся внѣ ψύχη. Поэтому, далѣе, если кто нибудь считаетъ себя лѣшимъ или дьяволомъ и приписываетъ себѣ права по отношенію къ другому лѣшему или т. п., то здѣсь оба субъекта правоотношенія нечеловѣческія существа. Хотя тотъ, кто себѣ въ качествѣ лѣшаго приписываетъ права,—человѣкъ, тѣмъ не менѣе дѣйствительнымъ субъектомъ права въ смыслѣ нашей теоріи является здѣсь не человѣкъ, а лѣшій.

3) Хотя такимъ образомъ правовыя нормы, правоотношенія и ихъ отдѣльные элементы, субъекты, объекты, права и обязанности

не существуютъ, какъ осязаемые, видимые или иными чувствами познаваемые предметы внѣшняго матеріальнаго міра, тѣмъ не менѣе они существуютъ, вполнѣ реальны — какъ явленія духа, какъ психическіе акты и ихъ элементы, познаваемые и несомнѣнно удостовѣряемые самонаблюденіемъ.

Въ то же время правовые психическіе акты служатъ источникомъ разныхъ другихъ психическихъ и тѣлесныхъ движеній, причиною индивидуальныхъ поступковъ и общественныхъ явленій.

§ 4. Дальнѣйшія характерныя черты права. 1) Съ точки зрѣнія аттрибутивной функціи.

Необходимость наличности двухъ субъектовъ, объекта въ указанномъ выше смыслѣ, права и обязанности, какъ составныхъ элементовъ правоотношенія, вытекаетъ съ логическою необходимостью изъ установленнаго выше существа права.

Понятіемъ norma attributiva (или obligatio attributa) мы воспользовались какъ логическимъ основаніемъ для вывода необходимыхъ элементовъ правовыхъ явленій и опредѣленія соотвѣтственныхъ понятій.

Теперь мы разсматриваемъ аттрибутивныя нормы, какъ психическій факторъ, вызывающій своеобразныя явленія въ области права, какъ психическую причину, объясняющую намъ разныя характерныя черты права, логически не данныя еще самымъ понятіемъ права, но въ виду указаннаго существа права психологически понятныя. Для общей характеристики права необходимо указать слѣдующія явленія этого рода:

1. Требованіе исполненія, принужденіе и репрессія въ области права.

Въ силу аттрибутивной природы права тотъ, кто считаетъ другого юридически обязаннымъ по отношенію къ себѣ, смотритъ на будущее или настоящее исполненіе не какъ на дѣло доброй воли и свободнаго усмотрѣнія или «милости» другого, а какъ на полученіе «своего» (suum tribuere), должнаго ему независимо отъ усмотрѣнія обязаннаго или кого бы то ни было другого, на неисполненіе онъ смотритъ, какъ на лишеніе того, что ему принадлежало (слѣдовало), какъ на нанесеніе вреда, ущерба, агрессивное дѣйствіе (laedere, laesio). Поэтому онъ не проситъ и убѣждаетъ, а «требуетъ»

исполненія, стремится обезпечить себя въ случаѣ опасности неисполненія, въ случаѣ неисполненія считаетъ себя обиженнымъ, протестуетъ, заявляетъ «претензію», негодуетъ и стремится добиться или удовлетворенія помимо воли обязаннаго, или же наказанія нарушителя, возмездія; его чувства и стремленія, между прочимъ, выражаются обыкновенно и въ томъ, что онъ станетъ «жаловаться» на нарушеніе и искать содѣйствія другихъ, напр., друзей, сородичей, сосѣдей для «защиты» своего права или возмездія (жалоба, искъ, Klage—крикъ на помощь). Эти лица (поскольку и имъ присущи тѣ же аттрибутивныя убѣжденія, что и потерпѣвшему, такъ что и они признаютъ наличность права жалующагося и нарушеніе этого права) увидятъ въ случившемся аггресивное дѣйствіе противъ одного изъ своей среды, нападеніе, требующее отраженія и возмездія: гнѣвъ и раздраженіе по поводу правонарушенія и стремленіе къ защитѣ и возмездію распространяются и на нихъ. На примитивныхъ ступеняхъ культуры результатомъ бываетъ быстрое образованіе компаніи, союза для защиты и мщенія, и движеніе этого союза противъ нарушителя, чтобы оружіемъ и силою добиться удовлетворенія и возмездія, мести. Съ развитіемъ культуры защита и репрессія упорядочиваются и организуются; на мѣсто осуществленія притязанія и расправы съ нарушителемъ собственными силами потерпѣвшаго (самоуправство) или въ союзѣ съ собранною или собравшеюся ad hoc компаніею вступаетъ дѣятельность опредѣленныхъ органовъ общественной власти (см. ниже), направленная на защиту права, принудительное исполненіе, наказаніе нарушителя etc.

Несмотря на измѣненіе формы, сущность этихъ явленій и ихъ психическая связь съ аттрибутивною природою юр. нормъ остается одна и та же; имѣемъ ли мы дѣло съ неупорядоченною защитою и репрессіей или съ дѣйствіемъ организованной исполнительной власти, примѣняющей въ случаѣ нужды силу для защиты, удовлетворенія права и наказанія, во всякомъ случаѣ движеніе общественныхъ силъ находитъ свое психологическое объясненіе и оправданіе именно въ аттрибутивномъ характерѣ юр. нормъ.

Нарушеніе чисто императивной нормы, т. е. такой, по которой лицу, противостоящему обязанному, ничего не принадлежитъ, какъ свое, по которому ему ничего отъ обязаннаго не слѣдуетъ, по которой признается свободная воля обязаннаго поступить такъ или иначе, — не можетъ представляться аггрессивнымъ дѣйствіемъ, на-

паденіемъ, не подаетъ повода для защиты, жалобы, протеста, призыва на помощь и вооруженной помощи со стороны другихъ.

Описанное психическое дѣйствіе аттрибутивной функціи юр. нормъ съ развитіемъ культуры и права воплощается въ свою очередь въ цѣлой массѣ юридическихъ нормъ и получаетъ такимъ образомъ опредѣленное отраженіе и *выраженіе въ самомъ правѣ.* Появляется цѣлая система нормъ, опредѣляющихъ и регулирующихъ защиту права и послѣдствія правонарушенія. Напр., рядомъ съ нормами, предписывающими исполненіе договоровъ, существуетъ цѣлая система нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія неисполненія договоровъ. Неисполнившій къ сроку договора обязанъ уплатить потерпѣвшему такой то штрафъ или обязанъ возмѣстить ему убытки, понесенные управомоченнымъ отъ нарушенія договора; далѣе, потерпѣвшій имѣетъ право требовать отъ извѣстныхъ лицъ защиты и въ случаѣ нужды примѣненія силы противъ нарушающаго его права; эти лица обязаны доставить потерпѣвшему защиту, въ частности принудительное исполненіе его нарушаемаго права. Въ случаѣ нарушенія одной нормы вступаетъ въ дѣйствіе другая норма, нарушеніе одного правоотношенія вызываетъ здѣсь къ жизни другое правоотношеніе между этими же лицами, или въ то же время между потерпѣвшимъ и тѣмъ, кто обязанъ доставить ему защиту его права. Уже на примитивныхъ ступеняхъ развитія замѣчается существованіе такихъ нормъ, которыя спеціально имѣютъ въ виду случаи нарушеніи другихъ нормъ, напр., норма, налагающая обязанность на членовъ рода оказывать помощь тому члену рода, права котораго нарушаются, и мстить вмѣстѣ съ нимъ или за него правонарушителю. Для развитого же права характерно существованіе цѣлыхъ системъ нормъ, подробно опредѣляющихъ требованіе исполненія, обезпеченіе исполненія, принудительное исполненіе, возмѣщеніе убытковъ потерпѣвшему, наказаніе правонарушителя—вообще регулирующихъ и обезпечивающихъ осуществленіе и торжество аттрибутивной функціи другихъ нормъ, хотя бы для этого необходимо было примѣнить насиліе.

Фактическое примѣненіе словеснаго понужденія къ исполненію (требованія) и словеснаго выраженія неудовольствія, протеста по поводу нарушенія, а тѣмъ болѣе физической силы для достиженія исполненія или наказанія нарушителя, а равно и существованіе нормъ, предписывающихъ и регулирующихъ примѣненіе этихъ мѣръ—слѣдуетъ, впрочемъ, разсматривать только какъ психологически есте-

ственное и обычное послѣдствіе аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, но отнюдь не какъ неизбѣжно сопутствующія правовымъ нормамъ явленія. А во всякомъ случаѣ, норма права не перестаетъ быть нормою права отъ того, что фактически не примѣняется или не можетъ быть примѣнено принудительное исполненіе ея, или что не существуетъ другой нормы права, предписывающей ея принудительное исполненіе. Принужденіе въ области права съ точки зрѣнія нашей теоріи аттрибутивныхъ нормъ естественно, но не необходимо и для понятія права иа существенно. Къ этому положенію памъ еще придется возвратиться ниже.

2. Стремленіе права къ обычной и законодательной нормировкѣ (позитивное право).

Какъ указано выше, правовыя явленія суть психическіе акты; они происходятъ въ душахъ человѣческихъ индивидовъ и зависятъ отъ психической природы этихъ индивидовъ. Возможно, что два противостоящихъ другъ другу индивида переживаютъ тождественныя по содержанію нормы и совпадающія правоотношенія. А. считаетъ и признаетъ себя къ тому же обязаннымъ по отношенію къ В., къ чему В. считаетъ обязаппымъ А. и на что В. притязаетъ. Но точно также возможно и часто случается, что такое совпаденіе не существуетъ. Возможно, что вслѣдствіе различія правовыхъ убѣжденій произойдетъ диссонансъ правоотношеній, въ частности будетъ предъявлено такое притязаніе, которое другою стороною совсѣмъ не признается, или признается лишь въ части, и т. п. Отсюда конфликтъ, споръ, борьба, ожесточеніе и, можетъ быть, взаимоистребленіе цѣлыхъ группъ людей. Въ аттрибутивпомъ характерѣ права, при индивидуальномъ или массовомъ различіи и несогласіи этихъ нормъ, кроется опасное взрывчатое вещество, психическій источникъ разрушенія, злобы и мести; и несомнѣнно, что многіе милліоны людей на землѣ потерпѣли смерть, и массы человѣческихъ союзовъ были разрушены и истреблены вслѣдствіе диссонансовъ аттрибутивныхъ нормъ и несовпаденія противостоящихъ правоотношеній. Этимъ объясняется отчасти инстинктивное, отчасти сознательное, но повсемѣстно замѣчаемое, стремленіе людей къ выработкѣ, признанію и уваженію, такъ назыв. позитивнаго права,—права, опредѣляемаго по однообразнымъ для всѣхъ, внѣшне-распознаваемымъ признакамъ. Основные типы позитивпаго права составляютъ обычное право и законы. Обычная норма права есть норма права со своеобразнымъ

основаніемъ обязательности, съ особымъ характеромъ и источникомъ авторитетности: извѣстное правило поведенія признается обязательною нормою права потому, что оно соблюдалось раньше, что такъ поступали отцы и дѣды, что такой установился, завелся порядокъ и т. д. Это своеобразное психическое явленіе способствуетъ въ значительной степени устраненію конфликтовъ правоотношеній, тѣмъ въ большей степени, чѣмъ сильнѣе уваженіе къ обычаямъ и чѣмъ однообразнѣе и шаблоннѣе обычаи. Съ развитіемъ культуры то же стремленіе къ позитиваціи права вызываетъ появленіе и развитіе законодательства, т. е. такихъ аттрибутивныхъ нормъ, которыя возникаютъ путемъ объявленія воли со стороны извѣстныхъ органовъ общественнаго союза (напр., собраніе старѣйшинъ, вѣче, князь), чтобы извѣстныя правила впредь признавались обязательными, и подчиненія этому внушенію со стороны гражданъ.

Развитіе позитивнаго права, какъ увидимъ ниже, далеко не вытѣсняетъ и не лишаетъ вполнѣ значенія тѣхъ аттрибутивныхъ убѣжденій, которыя не выводятъ своего авторитета изъ какихъ-либо внѣшнихъ правоустановительныхъ фактовъ (обычное соблюденіе со стороны другихъ, велѣніе) и которыя мы въ отличіе отъ позитивныхъ можемъ назвать *интуитивными* нормами права.

Съ другой стороны, явленіе позитиваціи, въ частности существованіе обычныхъ нормъ, не исключено и въ сферѣ нормъ чисто императивнаго свойства, безъ аттрибутивнаго характера. Такъ, напр., нормы, касающіяся гостепріимства («пріюти странника»), часто получаютъ характеръ весьма прочно установившихся обычныхъ нормъ, не имѣя въ то же время юридическаго характера, не давая странникамъ права на гостепріимство.

Тѣмъ не менѣе богатое развитіе, а равно сила и значеніе позитивныхъ нормъ есть весьма характерное и типичное въ области права явленіе, находящееся въ тѣсной психологической связи съ аттрибутивнымъ характеромъ юридическихъ нормъ, — необходимое remedium той разрушительной силы, которая при отсутствіи однообразнаго шаблона для опредѣленія правоотношеній коренится въ аттрибутивной функціи юридическихъ нормъ.

3. *Стремленіе къ судебному разбирательству.*

По тѣмъ же психологическимъ причинамъ, которыя способствуютъ образованію позитивнаго права и въ частности появленію законодателя, аттрибутивная функція юридическихъ нормъ вызываетъ къ

жизни судью и судебное разбирательство. Тождество юридическихъ нормъ, которыя признаютъ обѣ противостоящія стороны (совпаденіе интуитивныхъ нормъ или же готовность подчиниться обычаю или закону), не устраняетъ еще возможности несовпаденія правоотношеній и источника опасныхъ конфликтовъ, вызываемыхъ аттрибутивною функціею. Дѣло въ томъ, что можетъ возникнуть различіе взглядовъ относительно примѣненія нормъ къ данному случаю. Напр., обѣ стороны А. и В. признаютъ общую норму права, по которой договоры должны исполняться, по которой обѣщанное по договору должно быть доставлено тому, кому дано было обѣщаніе; тѣмъ не менѣе А. на основаніи этой нормы предъявляетъ къ В. такія притязанія, которыхъ В. вовсе не признаетъ или которыя онъ признаетъ только въ части; послѣдній ссылается, напр., на то, что на самомъ дѣлѣ договора не было, а былъ только шутливый разговоръ безъ серьезнаго намѣренія создать обязанности и права, или, признавая наличность договора, онъ не такъ толкуетъ содержаніе и смыслъ даннаго обѣщанія, какъ А, или утверждаетъ, что первоначально данное обѣщаніе было по смыслу дальнѣйшихъ уговоровъ измѣнено въ такомъ то направленіи и т. п. Отсюда очевидно, что позитивація права или тождество интуитивныхъ нормъ лишь отчасти предупреждаетъ столкновенія, и что для ихъ предотвращенія необходимы еще дальнѣйшія средства, направленныя къ рѣшенію конкретныхъ споровъ и устраненію диссонансовъ конкретныхъ правоотношеній, споровъ и столкновеній, возможныхъ и при отсутствіи несовпаденія нормъ права. Такимъ средствомъ является обращеніе спорящихъ къ третьему, незаинтересованному лицу съ просьбою «разсудить» ихъ споръ, т. е., изслѣдовавъ обстоятельства, высказать свое мнѣніе относительно того, на что одна изъ сторонъ по отношенію къ другой или обѣ взаимно могутъ притязать, къ чему онѣ обязаны. Инстинктивное чувство или сознаніе спасительности суда и необходимости подчиненія его рѣшенію проявляется и наблюдается въ различнѣйшихъ областяхъ общественныхъ явленій, начиная съ дѣтской комнаты, гдѣ въ роли судьи выступаетъ няня или мать, и кончая отношеніями между могущественными державами, которыя свои юридическіе споры отдаютъ на рѣшеніе монарха третьей державы или иныхъ незаинтересованныхъ лицъ. Въ нѣкоторыхъ областяхъ эта психическая тенденція, свойственная праву, достигла весьма прочнаго и опредѣленнаго воплощенія въ постоянныхъ судебныхъ учрежде-

ніяхъ, которыя дѣйствуютъ по точно опредѣленнымъ нормамъ (процессуальное право), и притомъ не только въ случаѣ добровольнаго согласія спорящихъ на судебное разбирательство, а по просьбѣ одной изъ сторонъ съ обязательною силою рѣшенія и для тѣхъ сторонъ, которыя не просили о такомъ вмѣшательствѣ (а равно для органовъ исполнительной власти, которые обязаны содѣйствовать исполненію судебнаго рѣшенія и, въ случаѣ надобности, примѣнить для этого принудительныя мѣры). Въ другихъ областяхъ, какъ, напримѣръ, въ международныхъ отношеніяхъ, эта тенденція такой прочной организаціи не достигла, а проявляется лишь спорадически и для своего существованія предполагаетъ согласіе спорящихъ. Судебное рѣшеніе коллизій не составляетъ, такимъ образомъ, постояннаго и необходимаго признака (постоянно и необходимо сопутствующаго явленія) права и не существенно для понятія права, а представляетъ только естественный и характерный психическій продуктъ аттрибутивной функціи юридическихъ нормъ; принятіе его во вниманіе не необходимо для опредѣленія права, но полезно для характеристики этой своеобразной области человѣческой психики.

4. *Распредѣлительное и организаціонное значеніе аттрибутивныхъ нормъ.*

Существо и особенность юридическихъ нормъ состоитъ въ томъ, что онѣ нормируютъ attributio, слѣдовательно, и distributio; регулируя надѣленіе, онѣ производятъ распредѣленіе разныхъ благъ между людьми, въ частности хозяйственныхъ благъ и власти. И независимо отъ права не только люди, но и животныя могутъ достигнуть и достигаютъ исключительнаго обладанія вещественными благами или власти надъ другими животными или людьми. Напр., ворона, добывшая и держащая кусокъ сыру, обладаетъ этимъ «хозяйственнымъ благомъ»; кошка, поймавшая мышь и производящая съ нею охотничьи упражненія, имѣетъ и осуществляетъ свою власть надъ этимъ болѣе слабымъ животнымъ. Такое «физическое» обладаніе и господство можетъ распространяться лишь на весьма ограниченное количество вещей или живыхъ существъ и представляетъ связь непрочную и непостоянную, которая именно зависитъ отъ продолженія физической связи и физическаго превосходства не только надъ предметомъ обладанія или властвованія, но и надъ тѣми другими особями своего рода или иного, которыя могутъ находиться вблизи и стремиться отнять добычу. Совсѣмъ иной характеръ и иное значеніе

имѣетъ то распредѣленіе вещественныхъ и невещественныхъ благъ и власти, которое въ человѣческомъ обществѣ создаетъ явленіе и понятіе имущества и богатства, власти и могущества. Здѣсь мы замѣчаемъ, напримѣръ, богачей, которымъ принадлежатъ «несмѣтныя» богатства, могущественныхъ повелителей (imperatores), властвующихъ надъ массами людей. О физическомъ превосходствѣ, физической власти и физическомъ обладаніи, держаніи, здѣсь рѣчи быть не можетъ, а между тѣмъ громадныя массы хозяйственныхъ благъ, напр., большія пространства плодородной земли, остаются закрѣпленными за ними какою то невидимою, но мощною связью не только въ теченіе всей ихъ жизни, во время безпомощнаго младенчества и дряхлой старости, но и «вѣчно и потомственно», переходя, напр., къ тому, кому предъ смертью владѣлецъ ихъ завѣщалъ; точно также власть надъ массами можетъ принадлежать дряхлому старцу и переходитъ на «наслѣдника престола», которому всѣ считаютъ необходимымъ повиноваться такъ же, какъ повиновались велѣніямъ отца его. Чѣмъ производятся эти своеобразныя явленія, чѣмъ объясняются они? Производятся они юридическими нормами, объясняются они аттрибутивною силою юридическихъ нормъ.

Вещественныя блага, напр., отдѣльныя части земли (въ эпоху осѣдлой жизни), кочевыя палатки (въ эпоху кочевого быта), рабочій скотъ... закрѣпляются за отдѣльными индивидами или группами сложною системою юридическихъ нормъ, создающихъ для этихъ индивидомъ притязанія на воздержаніе другихъ отъ вторженія въ ихъ сферу обладанія и пользованія, на возвращеніе имъ вещи со стороны того, къ кому она по какимъ-либо причинамъ попала, и т. д. Власть повелителей опирается на аттрибутивныя нормы, дающія имъ право на повиновеніе со стороны другихъ, опредѣляющія, что послѣ смерти одного властителя такая же обязанность подчиненныхъ прежнему властителю закрѣпляется за его сыномъ, и т. д.

Психическою силою системы аттрибутивныхъ нормъ, дающихъ однимъ правовыя притязанія на разныя положительныя дѣйствія и воздержанія другихъ, создается своеобразная структура человѣческихъ обществъ, состоящая, съ одной стороны, въ закрѣпленіи за отдѣльными индивидами извѣстной суммы благъ, извѣстной сферы исключительнаго обладанія, пользованія и распоряженія, извѣстной сферы господства и свободы отъ вторженія и вмѣшательства другихъ, съ другой стороны, въ подчиненіи массъ людей волѣ и власти

другихъ индивидовъ, въ объединеніи большихъ или меньшихъ группъ людей единою управляющею властью.

При извѣстномъ развитіи системы нормъ, распредѣляющихъ власть и ея функціи и подчиненіе между разными членами общенія, получается сложная система носителей высшей власти (князь, царь, король), подчиненныхъ имъ помощниковъ, подчиненныхъ этимъ послѣднимъ дальнѣйшихъ органовъ и т. д. — строеніе, похожее на пирамиду съ единою вершиною и главою и цѣлою нисходящею системою органовъ власти, или на механизмъ, въ которомъ единая сила переходитъ чрезъ посредство передаточныхъ частей въ периферіи дѣйствія, или на организмъ съ центральнымъ нервнымъ узломъ или мозгомъ и развѣтвленною нервною и мускульною системою [1]).

Организація власти, состоящая въ системѣ нормъ и правоотношеній, распредѣляющихъ господство и подчиненіе, вызывается къ жизни и опредѣляется въ значительной степени потребностью въ прочномъ и обезпеченномъ осуществленіи аттрибутивной функціи тѣхъ юридическихъ нормъ, которыя приписываютъ отдѣльнымъ индивидамъ извѣстную сферу имущественныхъ и личныхъ благъ, личную неприкосновенность и свободу, исключительное господство надъ извѣстными предметами внѣшняго міра и т. д.

Какъ выше отмѣчено, юридическія нормы въ силу своей аттрибутивной функціи вызываютъ требованіе и домогательство удовлетворенія положительнаго субъекта и, въ случаѣ нужны, примѣненія силы для этой цѣли; отсюда—потребность въ существованіи высшей незаинтересованной исполнительной власти, которая бы имѣла въ своемъ распоряженіи достаточную силу, чтобы доставить удовлетвореніе положительному субъекту и побороть нарушеніе права. Такую силу создаетъ и отдаетъ на служеніе праву организація общественной власти; надѣленныя высшею властью лица, напр., князь, патріархъ, не отличаясь особою индивидуальною физическою силою,

---

[1]) Нѣкоторые теоретики общественной жизни, прельстившись аналогіей „организованнаго“ общества съ біологическимъ индивидомъ, съ организмомъ, думаютъ, что общественныя явленія можно объяснить на основаніи того, что мы знаемъ объ организмахъ, т. е. на основаніи общихъ біологическихъ данныхъ. При этомъ упускается изъ виду, что основною организующею силою въ государствѣ или иномъ общественномъ союзѣ являются своеобразныя психическія явленія — аттрибутивныя нормы и правоотношенія, явленія, существенно отличныя отъ тѣхъ силъ, которыя опредѣляютъ строеніе и отправленіе біологическихъ индивидовъ.

получаютъ въ свое распоряженіе великую коллективную силу вслѣдствіе того, что за ними закрѣплено право на повиновеніе ихъ распоряженіямъ со стороны многихъ другихъ людей, что подчиненные считаютъ своею обязанностью исполнять ихъ распоряженія; съ другой стороны, подданнымъ принадлежитъ право на то, чтобы властвующіе пользовались предоставленною имъ правомъ властью для защиты права противъ неправды; такимъ образомъ, на сторону права и противъ правонарушителя становится, въ силу дѣйствія дальнѣйшей системы нормъ, опредѣляющихъ права и обязанности представителей власти, организованная общественная сила, въ высокой степени гарантирующая торжество и правильное осуществленіе аттрибутивной функціи юридическихъ нормъ.

Этому въ значительной степени способствуетъ и то обстоятельство, что организація власти ведетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и къ прочному удовлетворенію потребности въ судѣ, коренящейся, какъ выше отмѣчено, въ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ. Организованная общественная власть доставляетъ гражданамъ не только силу для защиты ихъ права, но «судъ и расправу»; она доставляетъ подданнымъ безпристрастное разсмотрѣніе и авторитетное рѣшеніе конкретныхъ юридическихъ споровъ и коллизій. Примѣненіе принужденія къ исполненію или репрессія—наказаніе наступаетъ здѣсь послѣ судебнаго разбирательства обстоятельствъ дѣла и рѣшенія со стороны главы союза, напр., патріарха, князя или особыхъ органовъ «судебной власти».

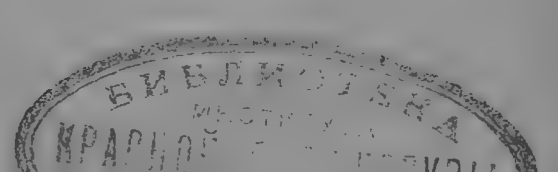
И при отсутствіи особой организаціи судебной и исполнительной власти возможна большая или меньшая гарантія осуществленія аттрибутивной функціи юридическихъ нормъ. Напр., при заселеніи новооткрытыхъ или пустынныхъ прежде земель стекающіеся съ разныхъ странъ и государствъ колонисты, и до развитія объединяющей организаціи и власти, признаютъ другъ за другомъ права личнаго и имущественнаго характера, общими силами содѣйствуютъ защитѣ взаимныхъ правъ и наказываютъ нарушителей въ случаѣ рѣзкихъ правонарушеній (напр., «законъ Линча»), причемъ до «расправы» подчасъ наступаетъ болѣе или менѣе внимательное судебное разбирательство обстоятельствъ дѣла со стороны народной толпы. Тѣмъ не менѣе только существованіе высшей судебной и исполнительной власти доставляетъ прочное и независимое отъ разныхъ случайностей обезпеченіе того, что правовые споры и коллизіи будутъ

рѣшаемы безпристрастно и авторитетно, и что рѣшенія будутъ дѣйствительно исполнены.

Наконецъ, организація власти способствуетъ и болѣе полному осуществленію коренящейся въ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ потребности въ однообразіи для всѣхъ и опредѣленности права. Тѣ юридическія нормы, которыми руководствуется общественная власть, въ частности тѣ, по которымъ рѣшаютъ дѣла суды, пріобрѣтаютъ особый авторитетъ. Поскольку эти нормы уже до примѣненія со стороны судовъ или иныхъ органовъ власти имѣли характеръ позитивнаго, обычнаго права, онѣ пріобрѣтаютъ еще особую санкцію позитивнаго характера, какъ оффиціально признаваемые и примѣняемые обычаи. Поскольку эти нормы до примѣненія ихъ со стороны судебной или иной власти имѣли характеръ интуитивныхъ нормъ судей и т. д., онѣ путемъ однообразнаго примѣненія позитивируются, пріобрѣтаютъ однообразное внѣшнее выраженіе и внѣшній авторитетъ, превращаются въ нормы судебной (или административной) практики, признаваемыя обязательными вслѣдствіе того, что ими руководствуются суды (и вообще органы власти). Наконецъ, высшей степени опредѣленности достигаетъ право тогда, когда общественная власть путемъ законодательства установляетъ точныя и опредѣленныя нормы, которыя должны признаваться всѣми подданными и представителями власти или, по крайней мѣрѣ, опредѣляетъ, какого рода право слѣдуетъ впредь признавать обязательнымъ, въ какихъ областяхъ, напр., слѣдуетъ руководствоваться обычнымъ правомъ, въ какихъ областяхъ обязательными слѣдуетъ считать исключительно законы и т. д.

Такое право, которое пользуется признаніемъ общественной власти, мы будемъ называть господствующимъ или *оффиціальнымъ* правомъ.

Это понятіе нельзя смѣшивать съ понятіемъ позитивнаго права. Дѣло въ томъ, что въ народѣ можетъ существовать позитивное право, не пользующееся оффиціальнымъ признаніемъ. Напр., въ извѣстномъ классѣ общества или въ извѣстной мѣстности могутъ существовать юридическіе обычаи, которыхъ общественная власть не признаетъ, которые въ частности законодательною властью признаны лишенными силы или имѣющими значеніе лишь при извѣстныхъ условіяхъ, напр., только для рѣшеній извѣстнаго рода судовъ. Если народонаселеніе тѣмъ не менѣе руководствуется этими обычаями, считаетъ



соотвѣтственныя нормы обязательными, потому что такъ поступали ихъ отцы и т. д., то несомнѣнно здѣсь есть налицо обычное право, хотя законы опредѣляютъ, что слѣдуетъ рѣшать дѣла не по этимъ обычаямъ, а по законамъ.

Весьма много обычныхъ юридическихъ нормъ не получаетъ оффиціальной защиты, въ частности не принимается въ основаніе судебныхъ рѣшеній и не приводитъ въ движеніе исполнительной власти и силы потому, что оффиціальное вмѣшательство въ соотвѣтственную область отношеній, въ частности принужденіе къ исполненію со стороны полиціи или иныхъ органовъ исполнительной власти излишне и было бы неумѣстно. Напр., въ области общественныхъ развлеченій существуетъ много обычныхъ (и интуитивныхъ) юридическихъ нормъ, по своему существу не требующихъ и не терпящихъ оффиціальнаго вмѣшательства. Кавалеръ, уговорившійся съ другимъ кавалеромъ, что они будутъ танцовать vis-à-vis, или пригласившій даму къ танцу и получившій ея согласіе, по танцовальнымъ обычаямъ признаются обязанными къ исполненію условленнаго и при томъ такъ, что другая сторона получаетъ притязаніе на исполненіе. Если онъ не исполнитъ условленнаго безъ уважительной причины, напр., просто потому, что въ залѣ появилась другая дама или другой кавалеръ, съ которою или съ которымъ ему пріятнѣе танцовать, то другая сторона сочтетъ себя обиженною; брошенный кавалеръ или мужъ, или братъ брошенной дамы потребуетъ отъ него объясненія и удовлетворенія, можетъ быть даже пошлетъ ему секундантовъ, или устроится судъ чести, нарушившій будетъ присужденъ къ извиненію etc. etc., но о принужденіи полицейскою или военною властью къ танцу, о жалобѣ въ государственный судъ и т. п. здѣсь рѣчи быть не можетъ. Точно также почтенный старикъ, приглашенный къ обѣду въ компаніи молодыхъ людей, притязаетъ на почетное мѣсто за столомъ, и, если его посадятъ на послѣднемъ мѣстѣ, онъ сочтетъ нарушенными свои права чести и старшинства, свое право на уваженіе со стороны тѣхъ, чье приглашеніе онъ принялъ. Тѣмъ не менѣе нормы, опредѣляющія порядокъ мѣстъ за столомъ и иныя притязанія на положительныя проявленія уваженія обыкновенно (бываютъ исключенія) не получаютъ характера оффиціально признаваемаго и защищаемаго общественною властью права и т. д.

Съ другой стороны, оффиціальнымъ признаніемъ въ извѣстной

области можетъ пользоваться и не позитивное, а интуитивное право. Какъ увидимъ ниже, третейскіе суды у насъ не обязаны слѣдовать въ своихъ рѣшеніяхъ позитивнымъ нормамъ, а руководствуются интуитивнымъ правомъ. Рѣшенія ихъ точно также приводятся въ исполненіе общественною властью, какъ и рѣшенія судовъ, руководствующихся обычнымъ правомъ (напр., волостныхъ судовъ) или закономъ (напр., окружныхъ судовъ).

Съ развитіемъ организаціи власти и господствующаго (оффиціальнаго) права происходитъ вытѣсненіе и искорененіе примѣненія силы помимо общественной власти, и притомъ не только безправныхъ насилій, но и такихъ, которыя направлены на осуществленіе права, хотя бы оно было несомнѣнно и безспорно и съ точки зрѣнія оффиціальнаго права. Общественная власть доставляетъ гражданамъ защиту и осуществленіе ихъ правъ, въ случаѣ нужды примѣняетъ для этого физическую силу, но вмѣстѣ съ тѣмъ она стремится сдѣлать право примѣненія силы своимъ исключительнымъ аттрибутомъ, «монополизировать силу». Точнѣе, постепенно развиваются нормы права, закрѣпляющія право принужденія исключительно за общественною властью, запрещающія насильственныя дѣйствія со стороны частныхъ лицъ и создающія для гражданъ право на то, чтобы они не подвергались насиліямъ со стороны другихъ согражданъ, чтобы принужденіе могло быть къ нимъ примѣнено только со стороны надлежащихъ представителей общественной власти (въ опредѣленныхъ правомъ случаяхъ и притомъ обыкновенно лишь по разсмотрѣніи дѣла судомъ).

Процессъ «монополизаціи силы» происходитъ въ исторіи права и культуры медленно и постепенно. И при наличности организованной общественной власти на низшихъ ступеняхъ культуры частнымъ лицамъ предоставляется въ болѣе или менѣе широкихъ предѣлахъ право осуществлять свои притязанія или мстить за ихъ нарушеніе собственною силою или въ союзѣ съ другими помимо общественной власти (самоуправство). Въ современныхъ правахъ культурныхъ народовъ самоуправное примѣненіе силы допускается лишь въ весьма немногихъ исключительныхъ случаяхъ. Большій просторъ предоставленъ примѣненію силы для отраженія еще не совершеннаго правонарушенія, покушенія на таковое (vim vi repellere licet). Но въ общемъ можно сказать, что современная государственная власть является почти «монополистомъ» въ дѣлѣ принужденія къ

исполненію нормъ права и правовой репрессіи за нарушеніе, связанной съ примѣненіемъ силы. Это весьма важно и цѣнно съ точки зрѣнія общественнаго мира, порядка и гарантіи каждому гражданину той сферы личной неприкосновенности, свободы и иныхъ правъ, которыя ему предоставлены правомъ. Благими послѣдствіями этого порядка пользуются не только мирные граждане, не совершившіе никакого правонарушенія, но даже и преступники. Ибо ихъ постигаетъ только та кара, которая полагается за даннаго рода дѣяніе по закону и которую послѣ безпристрастнаго разсмотрѣнія дѣла постановитъ судъ. Свыше этой мѣры они не терпятъ насилій, и прочія ихъ права, не поражаемыя законною карою, защищаются общественною властью. Расправа же съ преступникомъ со стороны потерпѣвшаго и его друзей или со стороны народной толпы, какъ показываетъ опытъ и естественно само по себѣ, не держится умѣренныхъ и должныхъ границъ.

Намѣченною выше организаціей человѣчество раздѣляется на множество сплоченныхъ и объединенныхъ коллективныхъ единицъ, государствъ и иныхъ союзовъ. Общей для всѣхъ этихъ союзовъ организаціи власти нѣтъ, такъ что нѣтъ и единой для всего человѣчества законодательной, судебной и исполнительной власти. Тѣмъ не менѣе и вполнѣ независимые союзы признаютъ другъ за другомъ извѣстный кругъ правъ и обязательность извѣстныхъ нормъ права въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу (международное право).

§ 5. Характерныя черты права. 2) Съ точки зрѣнія императивной функціи.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы убѣдились, что аттрибутивная сила юридическихъ нормъ не только сама по себѣ создаетъ для положительнаго субъекта особую обезпеченность исполненія, но и служитъ источникомъ такихъ дальнѣйшихъ явленій, которыя представляютъ новую и сильную гарантію правильнаго и неуклоннаго осуществленія аттрибутивной функціи права.

Уже то обстоятельство, что за обязаннымъ субъектомъ не признается со стороны другихъ свобода исполнить или нѣтъ, а предъявляется требованіе и домогательство удовлетворенія, усиливаетъ давленіе въ пользу доставленія удовлетворенія. Возможность и вѣроятность принужденія къ исполненію или возмездія за нарушеніе

пораждаетъ новое давленіе въ томъ же направленіи. Оно дѣлается особенно постоянно и правильно дѣйствующею психическою силою при существованіи высшей власти, завѣдующей осуществленіемъ права и распоряжающейся достаточной силой, чтобы преодолѣть сопротивленіе не желающихъ добровольно повиноваться. Организація власти происходитъ путемъ развитія особой системы аттрибутивныхъ нормъ, потребность въ коихъ коренится, въ свою очередь, въ аттрибутивной природѣ тѣхъ юридическихъ нормъ, правильному и неуклонному осуществленію которыхъ призвана способствовать высшая власть. Въ той же аттрибутивной функціи юридическихъ нормъ, ведущей къ развитію исполнительной власти, коренится потребность въ позитиваціи и вообще опредѣленности и однообразіи права, а равно въ авторитетномъ рѣшеніи конкретныхъ столкновеній путемъ суда, каковая потребность вызываетъ къ жизни на ряду съ исполнительною властью судью и законодателя. Точное законодательное опредѣленіе самаго содержанія оффиціально обязательныхъ юридическихъ нормъ или, по крайней мѣрѣ, законодательное указаніе тѣхъ категорій нормъ, содержаніе которыхъ установлено не путемъ законодательства, но которыя тѣмъ не менѣе возводятся въ оффиціально признаваемое право, развитіе системы судовъ, примѣняющихъ фиксированныя такимъ образомъ нормы къ конкретнымъ случаямъ, и существованіе сильной исполнительной машины — всѣ эти факторы, присущіе современному развитому государственному строю, создаютъ столь могущественный и въ общемъ правильно дѣйствующій механизмъ, что для отдѣльныхъ лицъ оффиціальное право представляетъ своего рода vis maior, высшую силу, къ дѣйствію которой имъ можно съ увѣренностью и необходимо примѣняться, и которой необходимо повиноваться независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли отдѣльныя части господствующей системы права ихъ интуитивнымъ нормамъ или инымъ убѣжденіямъ.

Въ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ, какъ «атомовъ» правового міра, какъ «клѣточекъ» правовыхъ организмовъ, заключается, такимъ образомъ, источникъ появленія великой силы, развитія могущественнаго и правильно дѣйствующаго механизма, подчиняющаго и несогласныхъ, устраняющаго и подавляющаго сопротивленіе и придающаго той attributio, которая заключается въ нормѣ права самой по себѣ, особую крѣпость, особый характеръ желѣзной необходимости—вслѣдствіе поддержки этой attributio системой другихъ аттрибутивныхъ нормъ.

Въ аттрибутивной функціи нормъ права заключается естественный источникъ самоупорядоченія и самоукрѣпленія этой (аттрибутивной) функціи права.

Рядомъ съ этимъ положеніемъ для общей характеристики права необходимо отмѣтить слѣдующее второе положеніе:

Аттрибутивная функція юридическихъ нормъ ослабляетъ и умаляетъ значеніе императивной функціи.

Аттрибутивный характеръ юридическихъ нормъ, создавая важную роль для лица, противостоящаго обязанному (acquirere, habere), объясняетъ то явленіе, что въ правѣ личность обязаннаго, его отношеніе къ нормѣ, какъ императиву, его поведеніе и воля лишаются единственно важной, рѣшающей роли и превращаются подчасъ въ неважное и побочное средство для доставленія удовлетворенія управомоченному.

Съ точки зрѣнія нормы права интересно и важно, чтобы управомоченному (положительному субъекту) было доставлено accipere (положительный объектъ), чтобы было удовлетворено его притязаніе (положительная сторона правоотношенія), чтобы осуществилась аттрибутивная функція; что же касается императивной функціи нормы, ея воздѣйствія на волю обязаннаго, осуществленія отрицательнаго объекта (dare, facere) и отрицательной стороны правоотношенія (исполненіе обязанности со стороны отрицательнаго субъекта), то эта сторона дѣла не единственно важна и интересна, а подчасъ интересна только въ качествѣ средства и притомъ не всегда единственно возможнаго средства для осуществленія аттрибутивнаго эффекта.

Это ведетъ ко многимъ своеобразнымъ явленіямъ въ сферѣ права, которыя были бы непонятны и необъяснимы при непониманіи аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, при отождествленіи ихъ съ односторонними императивами и т. п. Укажемъ нѣкоторыя наиболѣе характерныя явленія этого рода:

1. Исполненіе нормы права возможно безъ участія и какой-либо жертвы, какого-либо минуса со стороны обязаннаго, лишь бы былъ доставленъ слѣдуемый плюсъ управомоченному. Напр., племянникъ надѣлалъ долговъ, кредиторы обращаются къ его дядѣ; дядя уплачиваетъ долги (можетъ быть, безъ вѣдома племянника); требованіе нормы права удовлетворено; правовыя обязанности племянника исполнены; съ точки зрѣнія права все въ порядкѣ.

Это явленіе, исполненіе требованія нормы права не самимъ обязаннымъ и не на его средства, представляетъ весьма характерное послѣдствіе и подтвержденіе аттрибутивнаго характера юридическихъ нормъ.

Нравственныя, чисто императивныя нормы, конечно, не удовлетворяются и не исполняются тѣмъ, что кто нибудь другой сдѣлаетъ за меня то, что мнѣ слѣдовало сдѣлать. Ибо смыслъ нравственныхъ нормъ, какъ чистыхъ императивовъ, состоитъ исключительно въ воздѣйствіи на нашу волю, въ одностороннемъ импульсѣ къ facere, dare, а не въ доставленіи accipere для другихъ.

2. Тѣмъ болѣе понятно и естественно съ точки зрѣнія аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, если норма права признается удовлетворенною и исполненною тѣмъ, что accipere, плюсъ для управомоченнаго доставленъ путемъ произведенія минуса на сторонѣ обязаннаго, хотя бы это передвиженіе было совершено и не самимъ обязаннымъ, или даже противъ его воли—«принудительно». Напр., полиція или судебный приставъ силою отбираютъ у обязаннаго требуемую для удовлетворенія управомоченнаго цѣнность, передаютъ управомоченному, и этимъ освобождается обязанный; его обязательство исполнено; требованіе нормы права удовлетворено.

3. Съ той же точки зрѣнія, которая объясняетъ намъ возможность исполненія нормъ права путемъ вмѣшательства постороннихъ лицъ, дѣйствующихъ отъ своего имени, дѣлается понятнымъ и то своеобразное, играющее весьма крупную роль въ сферѣ права, явленіе, которое называется *представительствомъ*. Юридическія обязанности могутъ быть исполняемы представителемъ обязаннаго, третьимъ лицомъ, дѣйствующимъ отъ имени обязаннаго, напр., его опекуномъ, управляющимъ его имѣніемъ и т. п.

И для исполненія нашихъ нравственныхъ обязанностей мы можемъ пользоваться помощью другихъ лицъ, напр., оказаніе помощи ближнему во имя нравственнаго долга не теряетъ своего нравственнаго характера и своей нравственной цѣнности отъ того, что даяніе было совершено не собственными руками дающаго, а прислано по почтѣ или чрезъ посланнаго. Но посланный является здѣсь только орудіемъ исполненія нашей воли, точно такъ же, какъ наша рука, такъ что дѣйствіе, исполненное физически другимъ, является психологически нашимъ дѣйствіемъ, продуктомъ нашего рѣшенія, нашей воли.

Совсѣмъ иной смыслъ имѣетъ представительство въ юридическомъ смыслѣ. Оно состоитъ въ самостоятельныхъ волевыхъ актахъ, въ самостоятельныхъ дѣйствіяхъ другого, въ исполненіи собственныхъ рѣшеній представителя съ отнесеніемъ юридическихъ послѣдствій этихъ дѣйствій къ представляемому, къ тому, отъ чьего имени производятся эти дѣйствія. И вотъ, если представитель обязаннаго (хотя безъ его вѣдома и желанія) доставитъ отъ его имени удовлетвореніе управомоченному, то признается, что обязанный исполнилъ свою обязанность (через представителя), что онъ вполнѣ удовлетворилъ требованіямъ права.

Такъ какъ исполненіе юридическихъ обязанностей можетъ происходить путемъ представительства, безъ участія воли обязаннаго, то вполнѣ естественно, что и такія дѣйствія, которыя измѣняютъ, уменьшаютъ, увеличиваютъ или установляютъ юридическія обязанности (напр., заключеніе договоровъ) могутъ совершаться чрезъ представителя обязаннаго отъ имени послѣдняго.

Съ другой стороны, удовлетвореніе притязанія управомоченнаго тоже не требуетъ непремѣнно и всегда участія воли и особыхъ дѣйствій со стороны самого управомоченнаго. Слѣдуемый мнѣ по праву плюсъ можетъ быть достигнутъ не только безъ участія съ моей стороны, но и безъ помощи кого бы то ни было. Напр., обязанный долженъ былъ вспахать кусокъ моего поля, возвратить взятую на время вещь, уплатить мой долгъ въ банкѣ и т. п.; accipere можетъ быть здѣсь чисто пассивнымъ явленіемъ съ моей стороны, вовсе не требовать моего участія: долгъ въ банкѣ уплаченъ, вещь положена въ моей квартирѣ, поле вспахано, и мое притязаніе удовлетворено, хотя я, можетъ быть, еще объ этомъ и не знаю.

Въ виду того, что существо полученія удовлетворенія не требуетъ участія воли того, кому доставляется плюсъ, вполнѣ естественно, что и за управомоченнаго можетъ дѣйствовать его представитель. Вручено ли 100 р. мнѣ непосредственно или чрезъ моего представителя, безразлично, пріобрѣтено ли притязаніе мною лично или моимъ представителемъ для меня, тоже безразлично и т. д.

Такимъ образомъ получается весьма своеобразное явленіе. Между двумя лицами можетъ происходить принятіе и исполненіе юридическихъ обязанностей и разные другіе юридическіе акты съ юридическими послѣдствіями для нихъ безъ участія этихъ лицъ. На сценѣ фигурируютъ только имена этихъ лицъ; обязанности прини-

маются и исполняются отъ имени и на имя лица, которое можетъ совсѣмъ не знать, что на него возложена юридическая обязанность, что онъ пріобрѣлъ право и т. д. Поэтому возможно, напр., и такое явленіе, что между двумя новорожденными младенцами происходитъ взаимное установленіе обязанностей, ихъ исполненіе и т. д.

Въ области чисто-императивныхъ нормъ, которыя обращаются исключительно къ волѣ обязаннаго, стремясь сдѣлаться импульсомъ для его поведенія, такое явленіе немыслимо. Оно возможно лишь въ силу аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, лишь въ силу того, что ради исполненія аттрибутивной функціи оставляются безъ вниманія условія исполненія императива.

Какъ представительство, такъ и другіе указанные выше случаи вмѣшательства третьихъ лицъ въ исполненіе юридическихъ обязанностей представляютъ характерную черту права и объясняются указаннымъ нами существомъ правовыхъ явленій, тѣмъ не менѣе возможность замѣны дѣйствій (волевыхъ актовъ) обязаннаго дѣйствіями третьяго лица не представляютъ общаго (а тѣмъ болѣе существеннаго) признака правовыхъ явленій. Есть такія правовыя обязанности, которыя можетъ исполнять только самъ обязанный (чисто личныя обязанности), такъ что ни представительство, ни иное участіе третьихъ лицъ здѣсь невозможно. Нѣкоторыя юридическія обязанности гражданъ по отношенію къ государству (напр., судить по совѣсти въ качествѣ присяжнаго въ судѣ присяжныхъ), супруга по отношенію къ другому супругу, дѣтей по отношенію къ родителямъ и обратно, исполнимы только путемъ личныхъ дѣйствій обязаннаго. Точно также есть и такія права, осуществленіе которыхъ чрезъ представителя невозможно.

Иными словами, аттрибутивная функція нормъ права объясняетъ необходимость участія сверхъ обязаннаго еще второго лица, управомоченнаго, и возможность появленія на юридической сценѣ еще и третьяго лица, но эта возможность не всегда присуща праву и не составляетъ существеннаго признака его.

4. Если нормы права могутъ довольствоваться дѣйствіемъ третьяго лица вмѣсто обязаннаго, поскольку и безъ участія воли обязаннаго можетъ быть осуществлена аттрибутивная функція нормы, то тѣмъ болѣе понятно и естественно, что эти нормы довольствуются при томъ же условіи, т. е. при условіи доставленія удовлетворенія субъекту права, дѣйствіемъ самого обязаннаго, хотя бы его посту-

покъ былъ плодомъ постороннихъ мотивовъ и соображеній (напр., страха какого либо вреда для себя или желанія достигнуть для себя какой либо пользы), а не покорности воли внушенію нормы, какъ таковой. Мало того, если мы имѣли намѣреніе нарушить норму права, не исполнить ея требованія, и только случайно, напр., по разсѣянности или вслѣдствіе чисто автоматическаго движенія не исполнили своего противоправнаго намѣренія или вызвали положительный объектъ правоотношенія (satisfactio, accipere), то все, съ точки зрѣнія права, въ порядкѣ, ибо аттрибутивный результатъ есть налицо, хотя императивнаго, импульсивнаго дѣйствія нормѣ права произвести не удалось.

Въ области нравственности, какъ чисто импульсивныхъ нормъ, напротивъ, для исполненія нормы важенъ именно импульсъ, именно нравственный мотивъ.

Съ другой стороны, въ области права признается нерѣдко наличность нарушенія нормы при отсутствіи участія воли обязаннаго или во всякомъ случаѣ при отсутствіи противоправнаго намѣренія со стороны нарушителя, напр., въ случаѣ недоставленія удовлетворенія управомоченному по чисто случайному стеченію обстоятельствъ, въ случаѣ неудачи на сторонѣ обязаннаго, несомнѣнно желавшаго исполнить свою обязанность и т. п.

Эта характерная черта права въ отличіе отъ нравственности уже давно подмѣчена философами права, и многіе считаютъ существеннымъ признакомъ права то, что оно регулируетъ только «внѣшнее поведеніе», не касается внутренняго міра человѣка и т. д. Но эта теорія неправильна.

Прежде всего, что касается нарушеній нормъ права, то непринятіе во вниманіе наличности или отсутствія противоправной воли и свойствъ побужденій, руководившихъ поведеніемъ нарушителя, свойственно преимущественно примитивному праву. На высшихъ же ступеняхъ культуры, особенно въ области наказаній за правонарушеніе, право, напротивъ, обыкновенно принимаетъ во вниманіе внутреннія причины причиненія зла, освобождаетъ причинившаго отъ наказанія въ случаѣ отсутствія противоправной воли, установляетъ различныя юридическія послѣдствія правонарушенія, смотря по характеру мотивовъ, руководившихъ нарушителемъ и т. п.

Уже въ виду этого общее положеніе, что право касается только внѣшняго поведенія, несостоятельно. Можно было бы, повидимому,

установить то болѣе частное положенiе, что въ области *исполненiя* нормы права довольствуются «чисто внѣшнимъ поведенiемъ», признавая для исполненiя достаточнымъ извѣстный внѣшнiй эффектъ, независимо отъ явленiй внутренняго мiра.

Но и это положенiе представило бы во всякомъ случаѣ ложную формулировку того зерна истины, которое въ немъ содержится, и не выражало бы существа дѣла и дѣйствительнаго его пониманiя.

Дѣйствительное пониманiе существа интересующаго насъ явленiя возможно, по нашему убѣжденiю, только съ точки зрѣнiя установленныхъ выше положенiй объ аттрибутивномъ характерѣ юридическихъ нормъ.

Въ случаѣ осуществленiя аттрибутивной функцiи, нормы права довольствуются этимъ успѣхомъ, не требуя осуществленiя въ то же время импульсивной функцiи. Тѣмъ не менѣе нельзя сказать, что право довольствуется чисто внѣшнимъ поведенiемъ. Дѣло въ томъ, что для осуществленiя аттрибутивной функцiи можетъ требоваться извѣстное внутреннее состоянiе или движенiе обязаннаго. Напр., опекунъ, государственный чиновникъ, управляющiй чужими дѣлами и т. п. обязаны въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣшенiе какого либо вопроса зависитъ отъ ихъ усмотрѣнiя, примѣнять внимательное и добросовѣстное усмотрѣнiе. Для исполненiя юридической обязанности въ этихъ и подобныхъ случаяхъ требуется именно добросовѣстное усмотрѣнiе и рѣшенiе, независимо отъ того, является ли результатомъ этого усмотрѣнiя совершенiе полезнаго дѣйствiя или вреднаго или несовершенiе полезнаго, объективно вредное бездѣйствiе. И въ этихъ случаяхъ право довольствуется осуществленiемъ аттрибутивной функцiи, независимо отъ того, какiе мотивы побудили обязаннаго къ заботливому усмотрѣнiю: авторитетъ нормы права, какъ таковой, или же, можетъ быть, личный интересъ, стремленiе заслужить одобренiе и т. п., но притязанiе управомоченнаго направлено здѣсь именно на извѣстный психическiй, а не чисто внѣшнiй актъ.

ГЛАВА II.

Обзоръ и критика важнѣйшихъ современныхъ теорій права.

§ 6. Общая характеристика.

Какъ уже выше было отмѣчено, на рѣшеніе проблемы о существѣ права было потрачено въ теченіе прошлыхъ столѣтій и въ новое время весьма много труда; опредѣленій существа права было предложено необозримое множество, но ни одна изъ безчисленныхъ попытокъ рѣшить проблему существа права не увѣнчалась научнымъ успѣхомъ, такъ что въ послѣднее время началъ проявляться скептицизмъ насчетъ самой возможности ея рѣшенія.

Приводить и разбирать всѣ предложенныя теоріи здѣсь не представляется возможности и надобности. Изложеніе важнѣйшихъ теорій прошлаго времени, имѣвшихъ въ свое время значеніе, но отошедшихъ въ область исторіи, относится къ области исторіи философіи права. Здѣсь мы остановимся только на такихъ теоріяхъ, которыя не лишены значенія и играютъ извѣстную роль въ современной наукѣ права.

Для характеристики и пониманія отношенія юристовъ, въ особенности новѣйшихъ юристовъ, къ вопросу о существѣ права необходимо отмѣтить слѣдующее.

Вытекающая изъ аттрибутивной природы юридическихъ нормъ потребность въ установленіи однообразной для всѣхъ, независимой отъ разнообразія субъективныхъ юридическихъ взглядовъ отдѣльныхъ индивидовъ, и возможно точно опредѣленной системы нормъ права, а равно въ судебномъ рѣшеніи конкретныхъ юридическихъ споровъ и коллизій—порождаетъ, сверхъ указанныхъ уже выше особыхъ правовыхъ системъ (позитивное право, оффиціальное право), особыхъ правовыхъ дѣятельностей (законодательной, судебной, исполнительной) и дѣятелей (законодатели, судьи, исполнители), еще особое дополненіе въ томъ же направленіи въ видѣ особаго класса людей — juris prudentes, ученыхъ юристовъ, легистовъ,— и особой научно-практической дѣятельности — юриспруденціи.

Юриспруденція, развивающаяся и процвѣтающая главнымъ образомъ на почвѣ jus scriptum, въ особенности законодательства, на-

правлена на толкованіе, установленіе истиннаго содержанія и объема господствующихъ позитивныхъ нормъ, на разъясненіе неясныхъ, недостаточно опредѣленныхъ и двусмысленныхъ выраженій закона, согласованіе противорѣчій, нахожденіе на основаніи законовъ опредѣленныхъ рѣшеній для такихъ юридическихъ вопросовъ, которые непосредственно не предусмотрѣны закономъ (дабы и они рѣшались не по личному произволу и усмотрѣнію) и т. д.,—вообще на завершеніе той объективной опредѣленности позитивнаго и оффиціальнаго права, въ которой чувствуется настоятельная потребность въ области аттрибутивныхъ нормъ, именно вслѣдствіе ихъ аттрибутивной функціи.

Въ виду такой общественной роли легистовъ, вообще juris prudentes, вполнѣ естественно и понятно, что въ области ученой юриспруденціи проявляется (болѣе или менѣе сознательное или инстинктивное) стремленіе игнорировать измѣнчивые и разнообразные правовые взгляды отдѣльныхъ индивидовъ въ пользу единой и однообразной для всѣхъ системы позитивнаго права, а равно, поскольку нѣкоторыя части позитивнаго права не играютъ роли оффиціально господствующаго права (напр., поскольку извѣстная масса юридическихъ обычаевъ не признается государствомъ, его законодательствомъ и судами), игнорировать эти нормы въ пользу оффиціально господствующихъ нормъ (напр., тѣхъ законовъ, которые государство проводитъ въ жизнь на мѣсто извѣстной массы народныхъ обычныхъ нормъ). Только опредѣленную единую систему юридическихъ нормъ juris prudentes, какъ и законодатели и судьи, считаютъ обязательными нормами и признаютъ за право, а всѣ прочія нормы (и тѣ, которыя съ точки зрѣнія нашей теоріи являются тоже юридическими нормами) они правомъ не считаютъ и не называютъ, относя ихъ къ области нравственности, правилъ приличія, «нравовъ» и т. п.

Такъ, напр., упомянутое выше право на полученіе выигранной въ карты суммы отъ партнера, право почтеннаго гостя на первое мѣсто за столомъ въ молодой компаніи, взаимныя права дамъ и кавалеровъ, вытекающія изъ танцовальныхъ обычаевъ, правовая (въ смыслѣ нашей теоріи) обязанность малолѣтняго ребенка дать обѣщанное имъ сверстнику количество орѣховъ за полученную имъ игрушку и т. п.—не признаются за права и обязанности какъ со стороны государственныхъ судовъ, такъ и со стороны ученыхъ ле-

гистовъ. По поводу приведенныхъ примѣровъ судья, адвокатъ или ученый легистъ согласно замѣтили бы: «договоры малолѣтнихъ не имѣютъ юридическаго значенія, не порождаютъ правъ и обязанностей; распредѣленія мѣстъ за столомъ, правилъ танцевъ и т. п. право вовсе не касается; это область не права, а общественныхъ приличій» и т. п.

Эта оффиціально-практическая точка зрѣнія (вытекающая изъ потребностей, коренящихся въ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ) оказываетъ сильнѣйшее вліяніе и на тѣхъ ученыхъ, которые имѣютъ дѣло не съ практическою задачею догматической разработки системы нормъ, подлежащихъ оффиціальной защитѣ, а съ теоретическою проблемою изученія существа права.

Теоретики (сами того не замѣчая), вмѣсто того, чтобы стать на научно-теоретическую точку зрѣнія и изучать правовыя явленія по ихъ существу, не зависящему отъ того случайнаго обстоятельства, взята ли данная норма подъ покровительство и защиту со стороны судовъ, вообще органовъ власти и т. п., инстинктивно становятся на оффиціальную практическо-догматическую точку зрѣнія и отождествляютъ тѣ нормы, которыя удостоиваются оффиціальнаго признанія и защиты, съ правомъ, а все прочее считаютъ не-правомъ.

Съ такой точки зрѣнія установленная нами выше теорія существа права (и ея логическія послѣдствія) представляется, конечно, въ высшей степени неудачною теоріею, ведущею къ смѣшенію права съ нравственностью, неюридическими обычаями, правилами вѣжливости и т. д.—странною ересью. Особенно страннымъ представляется съ обычной точки зрѣнія тотъ выводъ изъ нашего опредѣленія существа права, что правовыми нормами или правоотношеніями могутъ быть чисто индивидуальныя психическія явленія, такія убѣжденія, которыхъ кромѣ одного индивида никто не признаетъ, даже такія психическія явленія, которыя всякому нормальному человѣку представляются плодомъ душевнаго разстройства, галлюцинаціи, суевѣрія и т. п. Приведенный выше примѣръ правоотношенія, въ которомъ оба субъекта лѣшіе, признаніе возникновенія правъ и юридическихъ обязанностей между играющими въ дѣтской комнатѣ дѣтьми или между танцующими изъ ихъ уговоровъ—все это такія consequentiae нашей теоріи, которыя способны вполнѣ дискредитировать ее въ глазахъ представителей традиціонной точки зрѣнія на право.

Поэтому вполнѣ естественно и понятно, почему наука права до сихъ поръ не стала на точку зрѣнія понятія аттрибутивныхъ нормъ въ изложенномъ выше смыслѣ, хотя для этого было не мало не только, какъ мы думаемъ и попытаемся постепенно доказать, глубоко лежащихъ научныхъ *основаній*, требующихъ особаго аналитическаго и синтетическаго раскрытія, но и болѣе внѣшнихъ, бросающихся въ глаза и при поверхностномъ наблюденіи *поводовъ*. Къ такимъ поводамъ, напр., можно отнести слѣдующія обстоятельства:

1) Уже сама традиціонно установившаяся структура и способъ изложенія юридическихъ наукъ наводитъ, какъ видно изъ изложеннаго выше въ § 3, на мысль, лежащую въ основаніи нашей теоріи. То же слѣдуетъ сказать о традиціонно-установившейся системѣ основныхъ юридическихъ понятій. Въ существѣ дѣла традиціонно повторяемыя положенія, что обязанностямъ въ области права соотвѣтствуютъ права, притязанія, что сверхъ обязаннаго субъекта долженъ быть налицо субъектъ права и т. д., уже заключаютъ въ себѣ implicite защищаемую нами теорію. Теоретики права въ первыхъ частяхъ изложенія науки права, гдѣ дѣло идетъ объ опредѣленіи понятія права, не обращаютъ должнаго вниманія на то и не придаютъ должнаго значенія тому, что они въ дальнѣйшемъ изложеніи сами же постоянно повторяютъ.

2) Новая наука права возникла главнымъ образомъ на почвѣ и подъ сильнѣйшимъ вліяніемъ источниковъ римскаго права. Долгое время всякому изреченію римскихъ юристовъ склонны были приписывать абсолютный авторитетъ, возводили содержаніе Corpus juris въ ratio scripta и т. п. Начинается же Corpus juris слѣдующимъ изреченіемъ: Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens (lex prima de justitia et jure Inst. I, 1).

Въ томъ же первомъ титулѣ: de justitia et jure въ 3-емъ параграфѣ аттрибутивная природа юридическихъ нормъ выдвигается въ слѣдующемъ изреченіи:

Juris praecepta sunt haec: (honeste vivere) *alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Подобныя же изреченія находимъ въ сочиненіяхъ древнихъ греческихъ и римскихъ мыслителей; напр., Цицеронъ по поводу понятія закона въ юридическомъ смыслѣ говоритъ eamque rem illi Graeco putant nomine a suum cuique tribuendo appelatum (de leg.

I, 6, 19, ср. о справедливости idem, de fin. bon. V, 23: habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem и т. п.):

Несмотря на признаніе авторитета римскихъ юристовъ и древнихъ философовъ, новая наука права не обратила должнаго вниманія на правильную мысль о существѣ права, заключающуюся въ этихъ изреченіяхъ, и не съумѣла ею воспользоваться для синтеза и объясненія правовыхъ явленій.

3. Народный языкъ распространяетъ слово и понятіе «право» (jus, droit, Recht) и на такія притязанія, которыя не пользуются оффиціальнымъ признаніемъ и защитою, которыя возникаютъ и признаются, напр., въ дѣтской, въ гостиной, за карточнымъ столикомъ, хотя не попадаютъ въ судъ или, въ случаѣ появленія въ судѣ, признаются со стороны судей не существующими. Конечно, обыденный разговорный языкъ, а тѣмъ болѣе употребленіе слова право со стороны играющихъ дѣтей и няни для науки не авторитетъ. Тѣмъ не менѣе, своеобразное и съ точки зрѣнія легиста нерезонное примѣненіе слова право въ народной рѣчи могло бы во всякомъ случаѣ послужить поводомъ для изслѣдованія, по какимъ признакамъ народная рѣчь извѣстныя явленія относитъ къ правовымъ, что общаго между тѣми явленіями, которыя народная инстинктивная мудрость считаетъ правовыми явленіями согласно съ оффиціальнымъ словоупотребленіемъ, и тѣми явленіями, которыя она относитъ къ праву вопреки оффиціальному словоупотребленію, не подмѣтилъ ли массовый опытъ дѣйствительно общее существо тѣхъ и другихъ явленій, и не права ли эмпирическая народная мудрость, воплощенная въ языкѣ, если она наличность или отсутствіе оффиціальнаго признанія не считаетъ существеннымъ признакомъ для различенія права отъ другихъ явленій.

4. Наконецъ, и въ сочиненіяхъ новыхъ юристовъ спорадически встрѣчаются замѣчанія о томъ, что въ правѣ въ отличіе отъ нравственности обязанностямъ соотвѣтствуютъ права, притязанія и т. п.

Эти замѣчанія не претендуютъ и не могутъ претендовать на значеніе научнаго рѣшенія вопроса о существѣ права и опредѣленія понятія права. Указаніе на то, что въ области права въ отличіе отъ нравственности существуютъ не только обязанности, но и права, могло бы послужить если не опредѣленіемъ, то правильнымъ основаніемъ для опредѣленія существа права лишь при

томъ условіи, что прежде установлено и правильно опредѣлено существо тѣхъ «правъ», «правомочій», «правопритязаній», которыя соотвѣтствуютъ обязанностямъ въ области права. Какъ убѣдимся впослѣдствіи, существо правомочій, правъ, притязаній опредѣляется теоретиками права весьма разнообразно; различныя предлагаемыя теоріи сходны только въ томъ, что всѣ онѣ должны быть отвергнуты, какъ совершенно негодныя и ошибочныя.

Тѣмъ не менѣе указаніе на ту особенность права, что здѣсь сверхъ обязанностей существуютъ притязанія, права, могло бы подать поводъ и послужить указаніемъ для разработки вопроса въ правильномъ направленіи, для анализа и синтеза правового міра съ точки зрѣнія аттрибутивной природы юридическихъ нормъ и для научнаго доказательства этимъ путемъ, что дѣйствительно подъ словами «права», «притязанія» скрывается существо права.

Всѣ исчисленные и т. п. поводы для ревизіи традиціонныхъ взглядовъ на право и указанія на правильный путь рѣшенія проблемы прошли для новой науки права безслѣдно и игнорируются со стороны господствующихъ теченій.

Причина этого коренится въ самой аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ; самое существо права таково, оно порождаетъ такія потребности и практическія тенденціи, что дѣтище права— юриспруденція упорно отклоняется отъ правильнаго пути познанія права и сбивается на ложный путь. Вытекающая изъ аттрибутивнаго характера настоятельная практическая потребность въ выдѣленіи и признаніи единой, точно опредѣленной, господствующей, оффиціально-авторитетной системы нормъ гипнотизируетъ и ослѣпляетъ юриспруденцію, заставляя ее ради практическихъ надобностей упорно не замѣчать теоретическихъ истинъ, съужая и искажая теоретическій горизонтъ зрѣнія. Въ качествѣ слуги практическихъ надобностей аттрибутивной функціи права юриспруденція не можетъ возвыситься до уровня теоретическаго господства надъ этой функціей.

Она съ своей оффиціально-практической точки зрѣнія не въ силахъ найти существенные признаки права, ибо для нея центръ тяжести лежитъ въ случайныхъ признакахъ позитивности и оффиціальнаго признанія нормъ; то же, что для права существенно, ей необходимо должно показаться свойствомъ, вовсе не отличающимъ

право отъ другихъ явленій, отъ правилъ приличія и т. п. Если поэтому нѣкоторые юристы тѣмъ не менѣе, какъ на характерную черту права, указывали на то, что право, съ одной стороны, обязываетъ, а съ другой стороны предоставляетъ, то такое указаніе съ ихъ же общей точки зрѣнія на право неправильно и лишено значенія, ибо и такія правила, которыя они не считаютъ юридическими нормами, а напр., правилами приличія, обладаютъ тѣмъ же свойствомъ.

Такъ, напр., Меркель въ своей юридической энциклопедіи, между прочимъ, какъ на характерную черту права указываетъ на то, что оно, съ одной стороны, представляется ограниченіемъ, съ другой стороны, защитою, что оно, съ одной стороны, порождаетъ обязанности, съ другой стороны, правомочія, права (§ 71).

Нѣсколько же далѣе (§ 78), сопоставляя право съ общественными обычаями (Sitte oder Herkommen), онъ замѣчаетъ, что въ области Sitte преобладаетъ элементъ ограниченія, такъ что для этой области та двойственность, то постоянное противопоставленіе долженствованія и дозволенности (sollen und dürfen), обязанностей и полномочій, не такъ характерны, какъ въ области юридическихъ нормъ.

Въ § 113 того же сочиненія критеріемъ для отличія юридическихъ нормъ отъ общественнаго обычая выставляется возможность ссылки на обычай, какъ на обязательную норму для судебныхъ рѣшеній; «такой обычай есть обычное право».

Сопоставляя эти три замѣчанія Меркеля, мы ясно видимъ, что̀ мѣшаетъ современному юристу создать правильную теорію права даже въ томъ случаѣ, если онъ случайно обратилъ вниманіе на двойственную функцію юридическихъ нормъ, почему различныя указанія древнихъ ученыхъ, народнаго языка и т. п. на аттрибутивную природу права должны были сыграть роль жемчужнаго зерна въ извѣстной баснѣ о пѣтухѣ.

Хотя такимъ образомъ практическія тенденціи, вытекающія изъ самаго существа права, мѣшаютъ юриспруденціи познать и научно оцѣнить именно это существо права, тѣмъ не менѣе можно было бы ожидать, что юристамъ удастся, по крайней мѣрѣ, составить, такъ сказать, практически-поверхностную теорію права, достаточную для ихъ будничнаго обихода, не доходящую до глубины су-

щества права, но дающую по крайней мѣрѣ возможность по внѣшнимъ *формальнымъ признакамъ* отличить то, что́ для надобностей дѣловой публики, адвокатовъ, судей, приставовъ, полиціи и иныхъ исполнительныхъ органовъ слѣдуетъ признавать правомъ и что слѣдуетъ таковымъ не считать.

Предыдущія замѣчанія не объясняютъ намъ еще, почему юриспруденція, исходящая изъ практически-дѣловой точки зрѣнія, не съумѣла до сихъ поръ создать себѣ соотвѣтственной теоріи права, почему продолжаются вѣчныя разногласія и споры относительно понятія права, хотя существуетъ согласная тенденція, предопредѣляющая направленіе и характеръ логическаго продукта.

Причина *этого* явленія тоже коренится въ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ и въ проистекающемъ отсюда стремленіи къ фиксированію единой, одинаково обязательной для всѣхъ, опредѣленной системы нормъ, а равно въ соотвѣтственномъ стремленіи юриспруденціи выдѣлить и единою формулою, едиными признаками опредѣлить эту единую, рѣшающую систему нормъ съ устраненіемъ того, что во имя правового порядка слѣдуетъ игнорировать.

Такое стремленіе юриспруденціи, резонное, какъ благое практическое пожеланіе, есть стремленіе къ достиженію недостижимаго, къ рѣшенію проблемы, по существу своему неразрѣшимой.

Проблема, на рѣшеніе которой юриспруденція затрачиваетъ громадную массу сизифова труда, покоится на вѣрѣ въ то, что для всей области права существуютъ и могутъ быть отысканы такіе единые, вездѣ одинаковые признаки, по которымъ можно отличить и которыми можно опредѣлить ту единую систему нормъ, которой слѣдуетъ приписывать рѣшающее значеніе и обязательную силу для всѣхъ въ интересахъ правопорядка.

Но такихъ одинаковыхъ признаковъ для всей области права нѣтъ; въ различныхъ областяхъ права эти признаки различны.

Мы отмѣтили выше двѣ стадіи или двѣ формы осуществленія тенденціи аттрибутивныхъ нормъ къ объективной опредѣленности.

Первый продуктъ этой тенденціи есть позитивное право, второй продуктъ—оффиціальное право.

До организаціи власти, завѣдывающей правомъ, или вообще внѣ сферы дѣйствія такой власти, напр., въ отношеніяхъ между современными государствами, не имѣющими и не признающими надъ со-

бой никакой высшей власти на землѣ, въ отношеніяхъ между мелкими родовыми группами до соединенія ихъ въ государственные союзы и развитія высшей объединяющей власти—развитіе позитивнаго права въ установленномъ выше смыслѣ, напр., традиціонныхъ юридическихъ обычаевъ, есть высшая форма опредѣленности и упорядоченности права.

Ученые юристы, конечно, признаютъ такое право правомъ, изучаютъ и пропагандируютъ его. Поскольку же какое-либо государство не захотѣло бы признавать и соблюдать установившійся юридическій обычай, противопоставляя ему свое иное правовое убѣжденіе (интуитивную норму), то ученый юристъ сказалъ бы, что взгляды даннаго народа, непризнаніе обязанности или притязанія съ его стороны, противорѣчатъ международному праву, юридическаго значенія не имѣютъ и т. п.

Но внутри организованнаго и объединеннаго общею властью союза, напр., между подданными одного и того же государства, рѣшающее значеніе съ точки зрѣнія единаго для всѣхъ правопорядка имѣетъ вовсе не признакъ позитивности въ установленномъ нами смыслѣ, а признакъ офиціальнаго признанія и организованной защиты со стороны высшей власти. Здѣсь дѣйствуетъ иная, болѣе совершенная стадія и система упорядоченности права, и юриспруденція вполнѣ резонно и естественно здѣсь является органомъ офиціальнаго права, игнорируя позитивное въ нашемъ смыслѣ право, въ частности традиціонные народные обычаи, если они, напр., замѣнены законами, которые единственно пользуются признаніемъ судовъ и исполнительной власти и которые, можетъ быть, и изданы и проводятся въ жизнь для искорененія даннаго обычнаго права (напр., варварскихъ, некультурныхъ, жестокихъ юридическихъ обычаевъ).

Юриспруденція здѣсь становится на иную точку зрѣнія, нежели въ предыдущей области, рѣшаетъ по инымъ признакамъ, что̀ слѣдуетъ признавать правомъ и что́ на это названіе претендовать не можетъ, такъ что здѣсь для своихъ практическихъ надобностей она должна была бы выработать и иное понятіе права.

Лучшій и самый правильный, точнѣе единственно правильный исходъ (съ указанной выше поверхностно-практической точки зрѣнія) состоитъ въ томъ, чтобы признать слѣдующее:

Единаго понятія права нѣтъ и быть не можетъ, такихъ общихъ признаковъ, которые бы въ различныхъ областяхъ человѣческихъ отношеній отличали право отъ иныхъ явленій, нѣтъ и быть не можетъ. Напротивъ, существуютъ только двѣ различныя группы явленій, обладающихъ различными признаками, но носящихъ одно и то же названіе «право».

Въ области отношеній между не подчиненными единой власти группами людей правомъ называется то-то, право отъ не-права отличается такими-то признаками. Въ области объединеннаго организаціей власти союза (внутри союза) правомъ называется то-то (не то, что въ первомъ случаѣ), право отъ прочихъ явленій отличается такими-то признаками (иными, нежели въ первомъ случаѣ).

Такая теорія избавила бы юриспруденцію отъ безплодныхъ мученій и напрасной работы; вмѣсто исканія невозможной единой формулы для опредѣленія того, что̀ юриспруденція пытается опредѣлить, она получила бы въ свое распоряженіе двѣ формулы, дѣйствительно дающія ей то, чего она безуспѣшно ищетъ.

Мало того, такая теорія неминуемо навела бы юриспруденцію на мысль, что подъ тѣми двумя понятіями и родами права, которые она установила для своего практическаго обихода, въ глубинѣ явленій человѣческаго духа кроется, такъ сказать, третій родъ права, третья идея права, мать и общій источникъ установленныхъ двухъ категорій права и причина того обстоятельства, что оба эти различныя явленія одинаково называются правомъ.

Вмѣсто этого юриспруденція, не оставляя своей формально-практической точки зрѣнія, силится опредѣлить единое понятіе права (которое она обыкновенно называетъ «позитивнымъ» правомъ). Это неминуемо является источникомъ противорѣчій:

A priori возможны здѣсь два типа противорѣчій:

1. Данная теорія исходитъ изъ тѣхъ признаковъ, которые отличаютъ «право» или «позитивное право» (въ смыслѣ практической юриспруденціи) отъ не-права въ области государства. Противорѣчіе въ этихъ теоріяхъ заключается въ томъ, что онѣ въ междугосударственной сферѣ признаютъ правомъ то, что по ихъ же опредѣленіямъ права должно быть отнесено къ не-праву.

2. Данная теорія исходитъ изъ тѣхъ признаковъ, которые отличаютъ «право» отъ не-права въ международной области. Противо-

рѣчіе здѣсь должно заключаться въ признаніи внутри государства не-правомъ того, что по предлагаемому опредѣленію права признается правомъ.

Фактически рѣшительно преобладающую роль въ юриспруденціи играютъ теоріи и противорѣчія перваго типа.—

Предыдущія общія замѣчапія показываютъ, сколь неблагопріятно положеніе всякаго теоретика, который, оставаясь на почвѣ традиціонной постановки вопроса, пытается дать опредѣленіе и построить теорію права. Основная ошибка въ классификаціи, состоящая въ выдѣленіи такой случайной съ научно-теоретической точки зрѣнія группы явленій, по существу однородныхъ со многими явленіями, остающимися за искусственной оградой, и влекущая за собою необходимо игнорированіе существеннаго и рѣшающую роль случайныхъ и чисто внѣшнихъ признаковъ, а равно осложненіе этой основной ошибки тѣмъ трагическимъ для теоріи стеченіемъ обстоятельствъ, что эти навязанныя теоріи неизвѣстными ей силами случайные взамѣнъ существенныхъ признаковъ въ разныхъ частяхъ группы различны, такъ что избѣгающій Сциллы непремѣнно попадаетъ на Харибду и нѣтъ способа избавиться отъ неминуемаго противорѣчія въ теоріи—соединеніе этихъ двухъ пороковъ въ самомъ существѣ проблемы при ея теперешней постановкѣ объясняетъ не только тотъ фактъ, что «юристы еще ищутъ опредѣленія для своего понятія права», но и то весьма неприглядное явленіе, что при построеніи и защитѣ разныхъ «теорій» примѣняются подчасъ такіе пріемы, которые едва ли были бы мыслимы въ сферѣ нормальной и здоровой науки.

Не трудно критиковать и опровергать эти теоріи, особенно если напередъ извѣстны источники и причины необходимыхъ ошибокъ и противорѣчій. Затрудненіе можетъ представиться развѣ въ экономномъ выборѣ возраженій въ виду обилія свойственныхъ этимъ теоріямъ ошибокъ. Нижеслѣдующій краткій критическій обзоръ главнѣйшихъ теорій, ознакомленіе со смысломъ и главнѣйшими недостатками коихъ необходимо для сознательнаго отношенія къ современной литературѣ нашей науки, ограничивается лишь главнѣйшими такими возраженіями, которыя возникаютъ съ точки зрѣнія этихъ же теорій (и правилъ элементарной логики), т. е. онъ ограничивается примѣненіемъ того же оружія, тѣхъ же общихъ исходныхъ точекъ

зрѣнія и т. д., которыми оперируютъ эти теоріи, и поэтому имѣетъ главнымъ образомъ характеръ раскрытія ихъ формально-логическихъ пороковъ.

Болѣе принципіальная критика по существу для опроверженія этихъ теорій не требуется; къ тому же по мѣрѣ развитія и обоснованія намѣченной выше психологической теоріи аттрибутивныхъ нормъ должны выясниться и получить надлежащее обоснованіе многочисленныя соображенія, заставляющія вообще оставить современную постановку теоріи права и замѣнить ее иною.

Предыдущія замѣчанія намѣтили двѣ группы теорій права, смотря по тому, исходятъ ли онѣ изъ особенностей офиціальнаго права или изъ свойствъ только позитивнаго (въ нашемъ смыслѣ) права. Первую группу мы назовемъ «теоріями офиціальнаго права» и въ виду рѣшающаго значенія въ литературѣ соотвѣтственныхъ взглядовъ и точекъ зрѣнія посвятимъ ей первое мѣсто (§§ 7, 8) и больше вниманія, нежели теоріямъ второй группы—«теоріямъ (только) позитивнаго права» (§ 9).

Безчисленные недостатки, самопротиворѣчія и т. д. теорій обѣихъ категорій, отчасти сознаніе—отчасти инстинктивное ощущеніе ихъ неудовлетворительности способствовали размноженію и такихъ теорій, которыя не только существа и свойствъ права вообще, но даже признаковъ одного изъ видовъ права не указываютъ, а вмѣсто этого повѣствуютъ о явленіяхъ иного рода, только находящихся въ извѣстной связи съ правомъ (нѣкоторыми видами его), главнымъ образомъ о тѣхъ полезныхъ результатахъ, которые возникаютъ для людей вслѣдствіе наличности и исполненія права обыкновенно имѣется въ виду, какъ дѣйствующая причина, опять таки офиціальное право), или о тѣхъ соображеніяхъ цѣлесообразности, которыя побуждаютъ законодателей къ созданію нормъ права (утилитарныя теоріи, теоріи цѣли).

Теоріи послѣдняго рода еще безнадежнѣе и неудачнѣе по самому существу своему и исходной точкѣ, но ихъ указанія на разныя постороннія съ точки зрѣнія существа права явленія нерѣдко принимаются за опредѣленія самого права и въ виду бѣдственнаго положенія науки играютъ роль въ литературѣ, такъ что и ихъ мы не можемъ обойти молчаніемъ (§ 10).

I. Теоріи официальнаго права.

§ 7. Опредѣленія права, исходящія изъ понятія государства.

Наиболѣе распространеннымъ является воззрѣніе на право, какъ на принудительныя нормы, пользующіяся признаніемъ и защитою со стороны государства (или—исходящія отъ государства).

«Ходячее опредѣленіе права, говоритъ Іерингъ [1]) гласитъ: право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ (дальше на той же страницѣ авторъ говоритъ: «государство есть единственный источникъ права») принудительныхъ нормъ. И это опредѣленіе, по моему убѣжденію, вполнѣ правильно».

Эта теорія имѣетъ наиболѣе важное значеніе въ юриспруденціи не только потому, что «ходячія» *опредѣленія* права приписываютъ принужденію и государству (или одному изъ этихъ двухъ элементовъ) существенное значеніе для понятія права, но и (въ еще большей степени) потому, что преобладающая масса юристовъ, которые общею проблемою опредѣленія существа права не занимаются, а посвящаютъ свои труды спеціальнымъ вопросамъ разныхъ областей права, эту теорію обыкновенно молчаливо подразумѣваютъ и изъ нея исходятъ въ своихъ спеціальныхъ выводахъ и построеніяхъ. Кромѣ того существенная для понятія права роль государства или элемента принужденія (или и того, и другого) подразумѣвается или прямо утверждается и весьма многими авторами такихъ формулъ опредѣленія права, въ которыхъ выраженія «государство» и «принужденіе» отсутствуютъ. Напримѣръ, тѣ, которые опредѣляютъ право какъ «защиту интересовъ», какъ «порядокъ свободы», «порядокъ мира» и т. п., обыкновенно предполагаютъ или прямо указываютъ на то, что порядокъ этотъ или защита исходятъ отъ государства, что защита происходитъ путемъ примѣненія силы, принужденія, такъ что, напр., формулу: «право есть защита интересовъ» можно было бы безъ искаженіи теоріи многихъ защитниковъ этого воззрѣнія превратить въ формулу: «Право есть защита интересовъ путемъ принудительныхъ нормъ, исходящихъ отъ государства» и т. п.

Многіе теоретики права, впрочемъ, вмѣсто комбинаціи двухъ

---

[1]) Ihering, Zweck im Recht. I B. 3-te Aufl. S. 320.

элементовъ: государства и принужденія защищаютъ такія опредѣленія понятія права, которыя исходятъ изъ одного только изъ этихъ двухъ элементовъ. Поэтому и мы разсмотримъ отдѣльно опредѣленія существа права съ точки зрѣнія государства и опредѣленія съ точки зрѣнія принужденія. Обѣ эти точки зрѣнія, взятыя отдѣльно, заключаютъ въ себѣ существенныя недоразумѣнія, а воззрѣніе, комбинирующее оба элемента, представляетъ комбинацію заблужденій той и другой точки зрѣнія.

Понятіе государства выступаетъ въ опредѣленіяхъ права въ различныхъ смыслахъ, причемъ эти различія не всегда ясно сознаются [1]).

1. Нѣкоторыя опредѣленія сводятся къ тому, что государство есть единственный источникъ права, единственный правопроизводящій факторъ (право есть нормы, исходящія отъ государства; нормы, установленныя органами государственной власти; право есть велѣнія государства и т. п).

Это — особенно неудачный видъ опредѣленій права съ точки зрѣнія государства.

Теоріи эти не подходятъ не только къ международному праву и вообще къ тѣмъ видамъ права, которые не пользуются официальнымъ признаніемъ, но даже и къ официальному праву, поскольку оно, какъ напр., народные юридическіе обычаи, создается не государственною властью. Онѣ относятся только къ государственнымъ законамъ, а претендуютъ на опредѣленіе права вообще.

2. Лучше тѣ теоріи, которыя критеріемъ, отличающимъ право отъ не-права, считаютъ не созданіе, а признаніе обязательности нормы со стороны государства (напр., «право есть совокупность нормъ, которыя государство признаетъ для себя обязательными», Еллинекъ) [2]). Онѣ обнимаютъ по крайней мѣрѣ и тѣ юридическія

---

[1]) Такъ, напр., Іерингъ ставитъ рядомъ и признаетъ правильными, повидимому, какъ равнозначащія, два положенія: 1) право есть дѣйствующія въ государствѣ нормы; 2) государство есть единственный источникъ права.

[2]) Особая формулировка, но по существу сходная теорія понятія права предложена недавно Д. Гриммомъ (Журналъ Министерства Юст. Іюнь 1896 г.). Она гласитъ: „Юридическими нормами являются нормы, возникшія въ признанной органами государственной власти (открыто или молчаливо, добровольно или по необходимости) формѣ образованія обязательныхъ нормъ".

Преимущество этой формулы состоитъ въ томъ, что она ясно исключаетъ недоразумѣніе, будто требуется знаніе и особое признаніе (consensus specialis)

нормы, которыя, не будучи созданы государствомъ, признаются послѣднимъ въ качествѣ юридическихъ нормъ, т. е. вообще всѣ офиціальныя нормы въ нашемъ смыслѣ. Въ частности, подъ понятіе нормъ, признаваемыхъ государствомъ, можно подвести и интуитивныя нормы, поскольку онѣ пользуются признаніемъ со стороны государственной власти, хотя авторы соотвѣтственныхъ теорій такого послѣдствія не имѣютъ въ виду.

Тѣмъ не менѣе и въ такой улучшенной формѣ опредѣленія права съ точки зрѣнія понятія государства не могутъ быть приняты.

1. Ставя понятіе права въ зависимость отъ признанія его со стороны государства, авторы этихъ теорій послѣдовательно должны были бы отрицать существованіе общеобязательнаго международнаго права. Поскольку данное государство не признаетъ никакихъ нормъ международнаго права или нѣкоторыхъ категорій его, соотвѣтственныя нормы теряютъ юридическій характеръ. Признавая международное право въ обыденномъ смыслѣ, авторы этихъ теорій вводятъ въ нихъ внутреннее противорѣчіе [1]).

каждой отдѣльной нормы со стороны органовъ государственной власти (каковое воззрѣніе тоже не осталось безъ защитниковъ). Недостаткомъ ея является то, что она выдвигаетъ *форму* образованія нормъ, игнорируя *содержаніе*. Государство не признаетъ обыкновенно нормъ, противныхъ по содержанію добрымъ нравамъ, государственному порядку и т. д., хотя бы онѣ отвѣчали условію „признанной органами государственной власти формы образованія обязательныхъ нормъ".

Болѣе соотвѣтствуетъ истинному смыслу теоріи формула, ссылающаяся просто на признаніе обязательности со стороны органовъ государственной власти, причемъ во избѣжаніе недоразумѣній можно особо прибавить, что дѣло идетъ не о спеціальномъ, а объ общемъ признаніи (consensus generalis, т. е. о признаніи, относящемся не непремѣнно въ каждой нормѣ отдѣльно, а къ цѣлымъ категоріямъ или системамъ нормъ).

[1]) Гриммъ l. c. по поводу своего опредѣленія замѣчаетъ: „Дѣйствительно, легко убѣдиться, что подъ эту формулу подходятъ всѣ безусловно нормы, которыя согласно установившейся терминологіи причисляются къ юридическимъ нормамъ, какъ то нормы, издаваемыя самими подлежащими органами государственной власти... нормы обычнаго права, такъ называемыя статутарныя нормы, выработанныя въ средѣ подчиненныхъ государству союзовъ, наконецъ и нормы международнаго права".

Съ послѣднимъ положеніемъ именно нельзя согласиться, ибо „согласно установившейся терминологіи" подъ международными нормами разумѣются такія, которыя не зависятъ отъ признанія или непризнанія ихъ со стороны отдѣльнаго участника международнаго общенія, которыя обязательны для всѣхъ членовъ этого общенія.

2. Вторая логическая ошибка теорій, исходящихъ при опредѣленіи права изъ понятія государства, состоитъ въ томъ, что онѣ заключаютъ въ себѣ definitio per idem, опредѣляютъ x путемъ ссылки на x.

Дѣло въ томъ, что явленія: государство, органы государственной власти, признаніе со стороны государства—предполагаютъ уже наличность сложной системы юридическихъ нормъ, а научное понятіе государства предполагаетъ научное опредѣленіе понятія права.

Въ приведенныхъ опредѣленіяхъ права скрывается безысходный логическій circulus, который не трудно обнаружить путемъ провѣрки юридическаго характера какой либо нормы по предлагаемымъ формуламъ.

Для этого пришлось бы провѣрить: а) имѣемъ ли мы дѣло съ государствомъ или съ какимъ инымъ явленіемъ, напр., лишенной государственной организаціи массою людей, частью другого государства, юридически подчиненной провинціей или т. п.; б) является ли данное лицо (или нѣсколько лицъ), признавшее данную норму, дѣйствительно органомъ государства или лишь незаконнымъ самозванцемъ; в) если данное лицо (напр., президентъ республики) дѣйствительно долженъ быть признанъ органомъ государства, то входитъ ли въ его компетенцію возведеніе правилъ даннаго рода въ юридическія нормы, или это превышало бы предоставленную ему государственнымъ правомъ власть; г) совершено ли признаніе въ надлежащей, т. е. предписанной правомъ, формѣ и т. д.; однимъ словомъ для провѣрки, есть ли данное правило норма права, пришлось бы доказать болѣе раннее существованіе массы другихъ юридическихъ нормъ, а для доказательства юридическаго характера этихъ нормъ нужно знать, что такое право.

Формулу: юридическая норма есть норма, признанная государствомъ,—можно превратить въ формулу: норма права (x) есть норма, признанная въ предписанной правомъ (x) формѣ со стороны установленныхъ правомъ (x) органовъ правового (x) союза—государства.

3. Но если и признать, что оспариваемая теорія опредѣляетъ искомое извѣстнымъ, а не искомымъ, то все-таки нельзя было бы увидѣть въ ней критерія для отличія юридическихъ нормъ отъ другихъ явленій, нравственныхъ правилъ, правилъ вѣжливости, не имѣющихъ юридическаго характера, религіозныхъ ученій и т. д. Ибо возможно

признаніе извѣстнаго правила со стороны надлежащихъ органовъ государства въ формѣ предписанной для созданія юридическихъ нормъ, но признаніе правила не въ качествѣ юридической нормы.

Предположимъ, напр., что въ законѣ, изданномъ надлежащимъ образомъ, сказано:

«Поелику каждый долженъ чувствовать благодарность по отношенію къ своимъ благодѣтелямъ, то даритель, потерпѣвшій отъ одареннаго оскорбленіе дѣйствіемъ, клевету... имѣетъ право требовать свой даръ обратно».

Здѣсь несомнѣнно признана со стороны законодателя норма, предписывающая благодарность по отношенію къ благодѣтелямъ. Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы законодатель этимъ возвелъ или хотѣлъ возвести эту норму въ юридическую; онъ выразилъ признаніе ея только какъ нравственнаго начала. Юридическая норма заключается лишь во второй части приведеннаго законодательнаго изреченія.

Сказанное выше относится непосредственно или mutatis mutandis и къ разнымъ другимъ опредѣленіямъ права, приписывающимъ понятію государства существенное значеніе для понятія права (нормы, охраняемыя государствомъ, дѣйствующія въ государствѣ, нормы, которыми руководствуется въ своей дѣятельности государство etc. etc.).

Въ какую бы зависимость мы ни поставили понятіе права отъ понятія государства, какую бы роль въ понятіи существа права мы ни приписали государству, всегда мы этимъ введемъ x въ опредѣленіе икса, такъ какъ государство есть само правовое явленіе, и внутреннее противорѣчіе въ теорію права, такъ какъ отношеніе государства къ праву въ разныхъ сферахъ юридическаго міра различно.

Вводя въ понятіе существа права случайный признакъ такого или иного отношенія къ нему государства и принимая этотъ признакъ за существенный, наука сбивается на ложный путь; исходя изъ сложнаго и производнаго комплекса юридическихъ явленій (государства), какъ изъ первоначальнаго даннаго, наука лишается возможности разложенія міра правовыхъ явленій на простѣйшіе элементы и синтеза сложныхъ правовыхъ комплексовъ, въ томъ числѣ и государства, изъ простѣйшихъ юридическихъ элементовъ; связывая понятіе права съ государствомъ, наука далѣе лишается богатаго

и поучительнаго матеріала—тѣхъ правовыхъ явленій, которыя возникали и возникаютъ внѣ государства, независимо отъ него и до появленія государства, и съужаетъ свой горизонтъ зрѣнія до узкаго, можно сказать, официіально-канцелярскаго кругозора.

Поэтому нельзя не пожалѣть, что въ новѣйшее время теоріи разсмотрѣннаго типа получили особенное распространеніе и пользуются рѣшительнымъ одобреніемъ со стороны весьма многихъ юристовъ, какъ истинно «практическія» и удовлетворяющія «потребностямъ» науки и жизни ученія.

§ 8. Опредѣленія права, исходящія изъ понятія принужденія.

Какъ указано выше, весьма многіе юристы считаютъ существеннымъ признакомъ права принужденіе. Нормамъ права, въ отличіе отъ иныхъ нормъ, приписывается свойство принудительности (Zwangsnormen, Erzwingbarkeit), сила принужденія; или право разсматривается, какъ явленіе, состоящее изъ двухъ элементовъ: нормъ и принужденія. Такъ напр.. Іерингъ [1]), который является рѣшительнымъ сторонникомъ теоріи принужденія и своею защитою значительно способствовалъ популярности этой теоріи въ новѣйшее время, различаетъ въ правѣ два «момента» или двѣ стороны: внутреннею стороною права являются нормы, внѣшнею—принужденіе [2]).

Прежде чѣмъ приступить къ критикѣ теоріи принужденія по существу необходимо устранить разныя неясности и неточности, свойственныя этой теоріи и обычнымъ формуламъ, ее выражающимъ.

I. Прежде всего необходимо отмѣтить, что слово «принужденіе» есть двусмысленное выраженіе, а именно оно употребляется:

Во-первыхъ, въ смыслѣ физическаго принужденія (vis absoluta), т. е. принужденія, состоящаго въ примѣненіи физической силы, механическихъ способовъ воздѣйствія. Напр., если кого либо силою приводятъ въ судъ или выталкиваютъ за дверь, если у нежелающаго выдать какую либо вещь силою отнимаютъ ее, рукою лица, не желающаго подписаться, насильственно производятъ подпись

---

[1]) Ihering. Zweck im Recht, I, стр. 320 и сл. 329.

[2]) „Das zweite Moment des Rechtsbegriffs ist die Norm (S. 320), letztere enthält die innere, der Zwang die äussere Seite des Rechts“.

и т. п., то въ этихъ случаяхъ имѣется налицо принужденіе въ смыслѣ физическомъ.

Во-вторыхъ, въ смыслѣ такъ называемаго психическаго принужденія (vis compulsiva), дѣйствія страхомъ, т. е. воздѣйствія на волю человѣка для вызова съ его стороны извѣстнаго рѣшенія воли и соотвѣтственнаго поступка путемъ угрозы причинить ему въ противномъ случаѣ извѣстное зло. Напр., если отъ кого либо требуютъ выдачи извѣстной суммы денегъ, подписи какого либо документа, извиненія и т. п. подъ угрозою въ случаѣ неповиновенія убить, побить, опозорить неповинующагося разглашеніемъ какой либо тайны и т. п., то успѣшное примѣненіе такихъ мѣръ называется психическимъ принужденіемъ.

Сторонники теоріи принужденія обыкновенно исходятъ изъ перваго значенія термина, но нерѣдко они, не замѣчая логическаго скачка вслѣдствіе тождества слова, переходятъ въ одномъ и томъ же изложеніи отъ одного смысла къ другому или примѣняютъ это выраженіе вообще въ неясномъ и неопредѣленномъ смыслѣ, что затемняетъ аргументацію и скрываетъ ея ошибки [1]).

2) Приписывать нормамъ права свойство принудительности, принудительную (въ физическомъ, матеріальномъ смыслѣ) силу или видѣть во внѣшнемъ принужденіи одну изъ «сторонъ», а именно «внѣшнюю сторону» права, на ряду съ нормами, какъ внутреннею его стороною [2]) и т. п.—по меньшей мѣрѣ неточно. Право представляетъ явленіе не физическаго, а психическаго міра и никакими

---

[1]) Иногда примѣшивается еще и третій смыслъ „термина" принужденіе. А именно, иногда это слово обозначаетъ любое давленіе на волю и воздѣйствіе на поведеніе, и такое, которое не состоитъ въ страхѣ будущаго зла. Въ этомъ смыслѣ говорятъ, напр., и о принужденіи со стороны моды, нравственныхъ нормъ и т. п. въ томъ значеніи, что мода, нравственныя нормы и т. п. вообще подчиняютъ себѣ волю людей и вызываютъ такіе или иные поступки и воздержанія. Ясно, что „принудительность" въ этомъ смыслѣ не можетъ быть выставляема отличительнымъ признакомъ нормъ права, но и она играетъ роль въ теоріяхъ права, усиливая неясность и путаницу понятій.

[2]) Ср. Іерингъ въ указанномъ выше мѣстѣ. Ср. тамъ же стр. 320, 322, 323, 326, 331, 332 и т. д.; Ренненкампфъ, Юр. энц. изд. 1889 г. стр. 21: „право есть выраженіе общественной мысли и власти, и потому обладаетъ всегда силою исполненія и принужденія"; Merkel, Jur. Enc. § 50: „Право обладаетъ матеріальною силою („besitzt das Recht eine materielle Macht... hält physische Machtmittel bereit, durch welche die Erfüllung... erzwungen werden soll") и т. п.

физическими свойствами и силами не обладаетъ и обладать не можетъ. Здѣсь смѣшиваются физическія силы и дѣйствія (тѣлодвиженія) людей (судебныхъ приставовъ, чиновъ полиціи, войска), примѣняющихъ физическое принужденіе во исполненіе нормъ права, со свойствами самого права.

Резонный смыслъ теорій, видящихъ въ принужденіи отличительный признакъ права, можетъ состоять лишь въ указаніи извѣстной связи между нормами права, съ одной стороны, и дѣйствіями людей, состоящими въ примѣненіи ихъ физическихъ свойствъ и силъ, съ другой стороны.

Для уясненія этой связи въ смыслѣ теорій принужденія слѣдуетъ исходить изъ того, что сторонники этихъ теорій отнюдь не утверждаютъ, будто критеріемъ является фактическое осуществленіе или неосуществленіе физическаго принужденія для достиженія исполненія извѣстнаго требованія. Напротивъ, фактическое примѣненіе физической силы для осуществленія извѣстнаго требованія (а) не является само по себѣ достаточнымъ критеріемъ для признанія этого требованія правовымъ, а, съ другой стороны, (б) оно и не требуется необходимо для того, чтобы извѣстное требованіе получило или сохранило характеръ правового.

а. Фактически принужденіе можетъ исходить отъ различнѣйшихъ, въ томъ числѣ и не призванныхъ къ тому, лицъ и совершаться на почвѣ различнѣйшихъ, въ томъ числѣ и не правовыхъ требованій и нормъ. Сторонники разсматриваемыхъ теорій имѣютъ въ виду только дѣйствія опредѣленныхъ лицъ, призванныхъ къ осуществленію правового принужденія и притомъ не произвольныя дѣйствія этихъ лицъ, а совершаемыя по опредѣленнымъ правиламъ во исполненіе предоставленнаго имъ со стороны правопорядка полномочія или лежащей на нихъ обязанности.

Обыкновенно это выражается указаніемъ на то, что имѣется въ виду организованное, упорядоченное принужденіе, принужденіе со стороны опредѣленныхъ органовъ государственной власти и т. п.

б. Съ другой стороны, это организованное принужденіе вовсе не должно въ смыслѣ теорій принужденія необходимо осуществляться на дѣлѣ всякій разъ, когда имѣется на лицо правовое явленіе.

Такое возведеніе принужденія въ явленіе, постоянно и неизмѣнно, какъ бы по закону природы, сопутствующее правовымъ явленіямъ,

противорѣчило бы общеизвѣстнымъ фактамъ и даже было бы совершенно нелѣпымъ.

Прежде всего въ громадномъ большинствѣ случаевъ принужденіе не имѣетъ мѣста и для примѣненія его нѣтъ никакого повода потому, что обыкновенно люди добровольно исполняютъ требованія права. Физическое принужденіе примѣняется лишь въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда нѣтъ добровольнаго подчиненія.

Но и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ принужденіе по разнымъ причинамъ далеко не всегда имѣетъ мѣсто въ дѣйствительности. Судья или представители исполнительной власти могутъ фактически не исполнить своей обязанности, и вслѣдствіе этого правонарушитель можетъ не подвергнуться принудительнымъ мѣрамъ; онъ можетъ также фактически избѣгнуть примѣненія такихъ мѣръ путемъ хитрости, бѣгства, сокрытія правонарушенія и т. п.

Теоріи принужденія имѣютъ въ виду не необходимую фактическую связь явленій права и принужденія. Напротивъ, не отрицая фактической возможности какъ осуществленія безправнаго принужденія, такъ и неосуществленія на дѣлѣ слѣдуемаго по праву принужденія, они имѣютъ въ виду не то, что̀ случается въ дѣйствительности, а то, что предписывается правомъ. Смыслъ утверждаемой связи между нормами права и принужденіемъ сводится къ тому, что не исполняющій добровольно своей юрид. обязанности по праву можетъ или же и долженъ быть подвергнутъ принудительнымъ мѣрамъ. На случай неисполненія одной нормы права существуетъ другая норма (санкція), предписывающая подлежащимъ органамъ власти примѣнить (по собственному почину или по требованію частнаго лица) принужденіе.

3) Подъ «принужденіемъ» слѣдуетъ при этомъ разумѣть всякія предусматриваемыя правомъ мѣры, состоящія въ примѣненіи физической силы для поддержанія правопорядка, въ томъ числѣ репрессивныя мѣры, напр., заключеніе въ тюрьму, смертную казнь и т. п. Обыкновенно представители теоріи принужденія выражаются такъ, какъ будто дѣло идетъ именно и только о принужденіи къ исполненію (Erzwingbarkeit). Но и здѣсь, какъ и въ другихъ отношеніяхъ, кроется неясность мысли и ея формулировки, которая подлежитъ исправленію раньше критики теоріи по существу.

Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить, что выраженіе «принужденіе

къ исполненію», поскольку рѣчь идетъ о физическомъ принужденіи, не вполнѣ ясно отражаетъ существо обозначаемаго имъ явленія. Въ случаѣ физическаго принужденія, напр., насильственнаго привода или иного доставленія обвиняемаго въ судъ, въ случаѣ взятія силою вещи, которой обязанный къ ея выдачѣ добровольно не выдаетъ, и т. п., «исполненіе» происходитъ фактически путемъ дѣйствія (волевого акта) не того, кто сопротивляется и подвергается насилію, а того, кто примѣняетъ насиліе. Здѣсь на дѣлѣ имѣетъ мѣсто не принужденіе обязаннаго къ исполненію обязанности (императива, отрицательнаго объекта), а осуществленіе притязанія (аттрибутива, положительнаго объекта) путемъ дѣйствій другихъ лицъ противъ воли обязаннаго. Отсюда, далѣе, видно, что такое принудительное исполненіе можетъ имѣть мѣсто лишь по отношенію къ нѣкоторымъ притязаніямъ, а именно по отношенію къ тѣмъ, для которыхъ личность исполняющаго не имѣетъ значенія, такъ что съ точки зрѣнія аттрибутивной функціи (удовлетворенія притязанія) безразлично, совершитъ ли требуемое дѣйствіе самъ обязанный или вмѣсто него требуемый аттрибутивный эффектъ произведетъ судебный приставъ, полицейскій служитель и т. п. Ясное дѣло, что громадная масса юр. нормъ и притязаній такимъ суррогатомъ удовлетвориться не могутъ: тѣ дѣйствія, которыя требуются отъ судьи, народнаго представителя, администратора, опекуна, учителя, художника, супруга и т. д., не могутъ быть принудительно исполнены, т. е. замѣнены дѣйствіями органовъ исполнительной власти (ср. выше стр. 41).

Сообразно съ этимъ лишь извѣстной части нормъ соотвѣтствуютъ, на случай ихъ неисполненія, санкціи (другія нормы), предписывающія принудительное исполненіе. Въ большинствѣ случаевъ санкціи нормъ права состоятъ въ возложеніи на нарушителей иныхъ невыгодныхъ послѣдствій, напр., наказанія за нарушеніе.

И вотъ представители теоріи принужденія, очевидно (хотя и вопреки ихъ обычнымъ неточнымъ и неяснымъ формуламъ), имѣютъ въ виду и примѣненіе силы для цѣлей репрессіи, а не только принудительное исполненіе, ибо въ послѣднемъ случаѣ ихъ теорія была бы явно и поразительно произвольной.

Послѣ этихъ предварительныхъ разъясненій мы можемъ приступить къ критикѣ теорій принужденія по существу. Ими, съ одной стороны, устраняется много споровъ и возраженій, обыкновенно

выдвигаемыхъ противъ этихъ теорій на почвѣ неясной постановки вопроса и взаимныхъ недоразумѣній и потому неспособныхъ дѣйствительно опровергнуть теорію и переубѣдить противниковъ, несмотря на правильность высказываемыхъ положеній и обстоятельное ихъ обоснованіе [1]). Но съ другой стороны эти положенія обнаруживаютъ такіе логическіе пороки въ опредѣленіяхъ права съ точки зрѣнія принужденія, которые лишаютъ эти опредѣленія, какъ таковыя, всякаго научнаго значенія и смысла.

А именно оказывается, что эти теоріи только по недоразумѣнію принимаются сторонниками и противниками за опредѣленія правовыхъ нормъ и защищаются или оспариваются, какъ таковыя.

На самомъ дѣлѣ онѣ на вопросъ о томъ, что такое право, вообще никакого отвѣта не даютъ, заключая въ себѣ definitio per idem и при томъ въ двухъ направленіяхъ сразу:

А. Поскольку онѣ исходятъ изъ предположенія организованной исполнительной власти и имѣютъ въ виду не произвольное насиліе со стороны кого бы то ни было, а примѣненіе принужденія со стороны призванныхъ къ этому правопорядкомъ, установленныхъ правомъ и дѣйствующихъ въ порядкѣ, правомъ предусмотрѣнномъ, орга-

---

[1]) Странное впечатлѣніе производитъ литература объ отношеніи принужденія къ существу права. Противники теоріи принужденія приводятъ длинные ряды аргументовъ, состоящихъ въ подробномъ и настойчивомъ доказательствѣ множества такихъ положеній, которыя ясны и несомнѣнны и безъ этихъ подробныхъ разсужденій и подтвержденій и изъ которыхъ каждое въ отдѣльности, повидимому, вполнѣ достаточно для доказательства несогласія теоріи принужденія съ дѣйствительностью и нерезонности ея вообще, не говоря уже о всемъ длинномъ каталогѣ этихъ аргументовъ въ совокупности. И все это не дѣйствуетъ. Сторонники теоріи принужденія не признаютъ себя побѣжденными и пріобрѣтаютъ все новыхъ союзниковъ, а противники теоріи принужденія, не смотря на всю, повидимому, очевидную убѣдительность ихъ аргументаціи, представляютъ ничтожное меньшинство и гласъ вопіющаго въ пустынѣ. Объясняется это отчасти вообще бѣдственнымъ положеніемъ теоріи права, необходимостью имѣть въ распоряженіи какой либо критерій для отличенія права отъ нравственности и т. п. и безуспѣшностью поисковъ за вполнѣ удовлетворительнымъ критеріемъ, но въ значительной степени и сознаніемъ или инстинктивнымъ ощущеніемъ того, что положенія, выставляемыя и подробно доказываемыя противниками теоріи принужденія, не смотря на всю правильность ихъ самихъ по себѣ, не имѣютъ существеннаго значенія, что принужденіе все-таки имѣетъ такое значеніе въ правѣ, которое этою аргументаціею не затрогивается и не опровергается.

новъ, то онѣ заключаютъ въ себѣ ту же многократную definitio per idem, которая заключается въ теоріяхъ, исходящихъ при опредѣленіи права изъ понятія государства. Вообще все сказанное выше о теоріяхъ государственныхъ (въ частности и по поводу международнаго права) относится и къ теоріямъ принужденія.

В. Но кромѣ того въ нихъ заключается еще definitio per idem и въ другомъ направленіи и при томъ спеціально имъ свойственная и весьма характерная логическая ошибка этого рода, соединенная вмѣстѣ съ тѣмъ съ нелѣпымъ утвержденіемъ. Дѣло въ томъ, что съ точки зрѣнія теоріи принужденія нормою права (x) является лишь такая норма, на случай отсутствія добровольнаго исполненія которой другая норма права (x_1) предусматриваетъ примѣненіе принудительныхъ мѣръ, напримѣръ, предписываетъ извѣстнымъ лицамъ (судебному приставу, полицейскимъ служителямъ....) примѣнить принудительное исполненіе. Но эта норма (x_1) въ свою очередь лишь въ томъ случаѣ можетъ быть по теоріи принужденія правовою нормою, если существуетъ дальнѣйшая норма (x_2), которая на случай отсутствія добровольнаго исполненія этой нормы (x_1) предусматриваетъ въ свою очередь принудительныя мѣры (напр., на случай нежеланія судебнаго пристава, чиновъ полиціи и т. п. добровольно исполнить свою обязанность, предписываетъ извѣстнымъ лицамъ принять принудительныя мѣры противъ этихъ ослушниковъ). Норма x_2 точно также должна имѣть дальнѣйшую санкцію соотвѣтственнаго содержанія—x_3; за нормою x_3 должна слѣдовать санкція x_4 и т. д. —до безконечности.

Отсюда далѣе (въ видѣ reductio ad absurdum) получаются, напр., слѣдующіе выводы. Если предположить, что у какого либо народа существуетъ хоть одна норма, подходящая подъ опредѣленіе теоріи принужденія, то отсюда слѣдуетъ, что у этого народа есть безконечное число нормъ права; въ частности съ исторической точки зрѣнія первое возникновеніе нормы права не было возникновеніемъ одной какой либо нормы, а сразу безконечнаго ихъ числа; вообще постепеннаго увеличенія количества нормъ права, какъ и ихъ уменьшенія, быть не можетъ, ибо количества больше безконечно большого нѣтъ, а меньше этого количества нормъ права быть не можетъ, если есть норма права вообще и т. д.

Само собою разумѣется, что провѣрить и доказать, что какая

либо норма соотвѣтствуетъ такому опредѣленію и поэтому должна быть признана нормою права, невозможно, ибо это требовало бы безконечнаго доказательства [1]), а всякій конецъ доказательства и провѣрки за отсутствіемъ дальнѣйшей санкціи былъ бы вмѣстѣ съ тѣмъ доказательствомъ, что всѣ предыдущія нормы не суть нормы права (напр., если бы дошли до нормы x_{20}, но такой нормы (x_{21}), которая на случай нарушенія нормы x_{20} предусматривала бы принудительныя мѣры, не оказалось, то оказалось бы, что норма x_{20} какъ «непринудительная» норма права есть неправовая норма, поэтому и норма x_{19}, какъ лишенная правовой санкціи—санкціи въ видѣ *нормы права*, предписывающей принужденіе,—оказалась бы неправовой нормой и т. д.).

Другими словами, если-бы попробовать примѣнить на дѣлѣ критерій теоріи принужденія, то весьма легко было бы относительно любой нормы убѣдиться, что она съ точки зрѣнія теоріи принужденія не есть норма права. Но и безъ такой конкретной провѣрки очевидно, что нѣтъ и не можетъ быть никакой такой нормы, которая бы соотвѣтствовала требованіямъ теоріи принужденія.

Вообще разсматриваемое опредѣленіе фактической провѣрки, оспариванія путемъ подыскиванія несогласныхъ съ нею фактовъ и т. п. не заслуживаетъ, и такіе споры покоятся только на недоразумѣніи, ибо оно представляетъ нѣчто уже съ точки зрѣнія элементарныхъ правилъ логики столь несообразное, что обращеніе къ фактамъ для провѣрки его предполагало бы наличность цѣлаго ряда недоразумѣній.

Между прочимъ, на ряду съ разными возраженіями, покоящимися на недоразумѣніяхъ относительно существа и смысла теоріи принужденія и поэтому теоріи этой собственно не затрагивающими [2]), традиціонно выдвигается противъ нея въ видѣ болѣе серіознаго ар-

---

[1]) Весьма характерно, что по обычному взгляду теорія принужденія даетъ практически удобный критерій для отличенія нормъ права отъ иныхъ явленій. Изъ-за такого „практическаго" удобства многіе слѣдуютъ этой теоріи, несмотря на разныя „теоретическія" сомнѣнія.

[2]) Напр., разсужденіями о томъ, что фактически принужденіе примѣняется весьма рѣдко, что немыслимо было бы такое положеніе, при которомъ никто бы добровольно не исполнялъ нормъ права, а всѣхъ приходилось бы принуждать, что чѣмъ лучше дѣйствуетъ правопорядокъ, тѣмъ рѣже примѣняется принужденіе, что собственно добиться исполненія путемъ физическаго при-

гумента фактическаго свойства указаніе на международное право, гдѣ нѣтъ организованной исполнительной власти, вообще правового принужденія въ смыслѣ критикуемой теоріи, и на нормы, опредѣляющія обязанности монарха, которыя въ силу общаго принципа монархическихъ государствъ—безотвѣтственности и неприкосновенности личности монарха—лишены принудительной санкціи [1]).

Весьма интересно и характерно отношеніе защитниковъ теоріи

нужденія можно лишь въ области нѣкоторыхъ правовыхъ обязанностей, что принужденіе примѣняютъ и разбойники и т. п., что нерѣдко принужденіе и тамъ, гдѣ оно должно было бы быть примѣнено, на дѣлѣ не осуществляется, напр., вслѣдствіе бездѣйствія органовъ власти, бѣгства преступника etc. etc.

[1]) Особое значеніе личности и обязанностей монарха въ литературѣ по вопросу о принужденіи въ правѣ—собственно случайное, не имѣющее научнаго основанія, явленіе. Есть много другихъ нормъ и круговъ обязанностей, лишенныхъ не только санкціи, предписывающей принудительныя мѣры, но и вообще всякой санкціи, какой бы то ни было охранительной нормы, предусматривающей какія либо невыгодныя послѣдствія на случай нарушенія данной нормы (т. н. leges imperfectae).

Особенно обычны такія нормы безъ санкцій въ области правовой нормировки обязанностей разныхъ категорій лицъ, призванныхъ участвовать въ законодательной дѣятельности государства или самоуправляющихся провинцій, общинъ и т. п. Сюда, напр., относятся обязанности избирателей, а равно обязанности избранныхъ депутатовъ, членовъ парламента, государственнаго совѣта, думъ, земскихъ собраній и т. п.—посвящать свое вниманіе обсуждаемымъ проектамъ, подавать свои голоса сообразно своему убѣжденію о пользахъ и нуждахъ государства, города и т. д. Напр., членъ парламента, который во время обсужденія законопроекта спитъ или читаетъ романъ, не подлежитъ никакимъ мѣрамъ принужденія, хотя этимъ онъ нарушаетъ свои обязанности и хотя бы онъ за исполненіе депутатскихъ функцій получалъ вознагражденіе (діеты). Но то же въ значительной мѣрѣ относится и къ различнымъ обязанностямъ лицъ, исполняющихъ судебныя функціи. Напр., обязанность присяжнаго засѣдателя слѣдить внимательно за ходомъ дѣла, подавать голосъ согласно съ внутреннимъ убѣжденіемъ о виновности подсудимаго и т. д., не поддерживается принудительными санкціями, и присяжные могутъ по небрежности оправдать виновнаго или осудить невиновнаго безъ боязни какой либо правовой отвѣтственности. То же относится къ нѣкоторымъ обязанностямъ членовъ разныхъ административныхъ коллегій, коммисій, совѣтовъ, вообще ко многимъ случаямъ такихъ обязанностей, которыя по существу и смыслу своему могутъ удовлетворительно исполняться лишь при условіи независимости отъ постороннихъ давленій и свободнаго и безбоязненнаго слѣдованія собственному убѣжденію. Но и независимо отъ такого или т. п. соображеній въ каждой системѣ офиціальнаго права (т. е. того вида права, къ которому теоріи *организованнаго* принужденія единственно могутъ относиться) есть не мало нормъ, не имѣющихъ санкціи по особымъ раціональнымъ осно-

принужденія къ этимъ возраженіямъ. Единственнымъ логически мыслимымъ отвѣтомъ на эти указанія въ смыслѣ теоріи принужденія является отрицаніе правового характера соотвѣтственныхъ нормъ. Такъ какъ эти нормы не обладаютъ тѣмъ признакомъ, который теоріями принужденія вводится въ опредѣленіе нормъ права, т. е. признается существеннымъ, общимъ и отличительнымъ признакомъ этихъ нормъ, то логически невозможно (противно закону

ваніямъ (напр., по разнымъ вполнѣ основательнымъ соображеніямъ разныя договорныя и иныя обязательства между частными лицамя лишаются судебной защиты и принудительнаго взысканія, но не признанія ихъ правовыми обязанностями и многихъ послѣдствій, изъ такого признанія вытекающихъ, напр., способности быть предъявленными къ зачету противъ встрѣчнаго требованія, быть обезпеченнымъ поручительствомъ, залогомъ и т. д.—т. н. obligationes naturales). Иногда же правовыя нормы остаются безъ санкціи по случайнымъ причинамъ, напр. по оплошности законодателя. Но и тѣ нормы, которыя имѣютъ за собою санкціи принужденія, обыкновенно покрываются такими или т. п. санкціями лишь въ незначительной части своего объема. Напр., по современному гражданскому праву не исполнившій добровольно обѣщаннаго по договору или нарушившій инымъ путемъ обязательство долженъ возмѣстить причиненные имущественные убытки (и эти убытки могутъ быть съ него принудительно взысканы). Такова же вообще основная, въ большинствѣ случаевъ единственно существующая или единственно примѣнимая, санкція другихъ имущественныхъ гражданскихъ правъ. Но, какъ видно изъ самаго содержанія этой нормы-санкціи, она относится лишь къ такимъ дѣйствіямъ или упущеніямъ, нарушающимъ соотвѣтственныя нормы, которыя причиняютъ вредъ и при томъ именно имущественный вредъ. Въ случаѣ безчисленныхъ другихъ нарушеній, въ томъ числѣ и такихъ, которыя весьма непріятны для управомоченнаго, обыкновенно не оказывается налицо никакой санкціи (нѣкоторые исключительно злостные и опасные виды нарушенія гражданскихъ правъ имѣютъ особыя санкціи въ уголовныхъ кодексахъ). Едва ли было бы поэтому преувеличеніемъ, если бы мы сказали, что 90% нарушеній гражданскихъ правъ не навлекаютъ и не могутъ по праву навлечь за собою на нарушителя никакихъ мѣръ принужденія, вообще невыгодныхъ правовыхъ послѣдствій. Не въ такой степени это относится къ обязанностямъ публичнаго права разнаго рода органовъ власти—чиновниковъ, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ государствахъ, гдѣ нѣтъ точной нормировки и ограниченія дисциплинарной власти начальниковъ надъ подчиненными (особенно, если, напр., и такія мѣры, какъ замѣчанія, выговоры... отнести къ принудительнымъ мѣрамъ въ виду возможности привода не желающаго добровольно явиться для выслушанія выговора). Но и здѣсь вообще само собою разумѣется и соотвѣтствуетъ праву административной практики, что мѣры принужденія могутъ имѣть мѣсто лишь въ исключительныхъ случаяхъ болѣе серьезныхъ нарушеній обязанностей, и чѣмъ выше положеніе лица въ служебной іерархіи (напр. министры, генералъ-губернаторы, губернаторы), тѣмъ болѣе вообще оно ограждено отъ страха мѣръ физическаго принужденія.

противорѣчія) одновременно утверждать и правильность этого опредѣленія, и прямо противорѣчащее ему положеніе, что и нормы права, лишенныя этого признака, суть правовыя нормы.

Тѣмъ не менѣе именно таковъ (самъ себя уничтожающій и противный основнымъ законамъ мышленія) обычный отвѣтъ сторонниковъ теоріи принужденія на возраженіе по поводу международнаго права и нормъ, опредѣляющихъ обязанности монарха. Іерингъ, напр., замѣчаетъ по этому поводу слѣдующее [1]):

«Юридическій характеръ международнаго права, равно какъ и постановленій основныхъ законовъ, касающихся монарха, не можетъ подлежать сомнѣнію»... Тѣмъ не менѣе единственно правильный путь для опредѣленія существа права и отличія его отъ морали и нравовъ состоитъ въ томъ, чтобы «удержать признакъ принужденія, какъ существенный реквизитъ права, но вмѣстѣ съ тѣмъ понять, что въ упомянутыхъ двухъ областяхъ существуютъ такія препятствія для *организаціи* принужденія, которыя не могутъ быть устранены. Организація принужденія не поспѣваетъ здѣсь за юридическою нормою; послѣдняя остается по существу своему юридическою нормою и практически требуетъ такого же неуклоннаго соблюденія, какъ и въ другихъ областяхъ права, но принужденіе отстаетъ здѣсь отъ нормы»...

При этомъ нельзя не отмѣтить, что признаніе международнаго права правомъ съ точки зрѣнія теоріи Іеринга заключаетъ еще второе и тоже довольно поразительное самопротиворѣчіе, такъ какъ международное право не есть право, дѣйствующее внутри даннаго государства, исходящее только отъ него и т. д. (ср. выше стр. 56).

Аналогичныя замѣчанія по поводу тѣхъ же возраженій находимъ мы и у другихъ защитниковъ теоріи принужденія [2]).

Въ области другихъ наукъ едва ли можно было бы найти подобный примѣръ теоріи, имѣющей много выдающихся сторонниковъ

---

[1]) Ihering, Zweck im Recht, I, стр. 325 и сл.

[2]) Ср., напр., Brodmann, vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur 1897 г., стр. 17 и сл.

„По моему убѣжденію тотъ, кто не признаетъ принужденія существеннымъ моментомъ права, лишается всякой возможности разграничить по существу право отъ другихъ сродныхъ областей. Если же противники ссылаются на международное право, то это ничего не доказываетъ. Съ нормаль-

среди представителей данной науки и основанной въ то же время на столь явномъ и поразительномъ нарушеніи элементарныхъ правилъ логики, на принятіи такихъ существенныхъ для понятія признаковъ, которые могутъ и отсутствовать («не поспѣвать за явленіемъ»), не измѣняя этимъ существа и понятія даннаго явленія. Очевидно положеніе представляется безвыходнымъ, если употребляются такіе логическіе извороты. Но и они мало помогаютъ дѣлу. Ибо если существуютъ такія правовыя явленія, которыя состоятъ лишь изъ одной «внутренней стороны» правовыхъ явленій — изъ нормъ, между тѣмъ какъ внѣшняя сторона, «принужденіе», не догнала первой и не приклеилась къ ней, то гдѣ же граница между такими односторонними, но тѣмъ не менѣе правовыми нормами и прочими, не-правовыми нормами? Какъ отличить эти правовыя нормы, лишенныя существеннаго и отличительнаго (съ точки зрѣнія теоріи принужденія) признака нормъ права, отъ прочихъ нормъ, тоже лишенныхъ этого признака и поэтому неюридическихъ (съ точки зрѣнія той же теоріи)? Цѣною противорѣчія, содержащагося въ оспариваемой теоріи, въ существѣ дѣла не добывается того практическаго результата, ради котораго введено противорѣчіе.

Есть, впрочемъ, и такіе авторы, которые по поводу международнаго права и обязанностей монарховъ прибѣгаютъ къ другому указанному выше и логически единственно допустимому средству, а именно къ отрицанію правового характера соотвѣтственныхъ нормъ. Но это средство слишкомъ героично въ другихъ отношеніяхъ, чтобы оно могло расчитывать на успѣхъ даже въ современной юриспруденціи, находящейся въ состояніи «крайней необходимости».

Что оно по существу неспособно спасти теорію принужденія, достаточно ясно уже на основаніи сказаннаго выше объ общихъ логическихъ свойствахъ опредѣленія права съ точки зрѣнія принужденія. Непризнаніе правового характера нормъ права, опредѣляю-

---

ными юридическими нормами мы безспорно въ области международнаго права не имѣемъ дѣла. Надежда чуткаго направленія нашего времени состоитъ въ томъ, что и международное право современемъ достигнетъ полной силы нормальнаго права, что и его нормы не будутъ лишены принудительной охраны. Теперь оно еще находится въ состояніи развитія, а такъ какъ и право въ государствѣ постоянно развивается, то можно признать наличность и въ области права каждаго отдѣльнаго народа такого же еще развивающагося, еще незрѣлаго, не снабженнаго принужденіемъ правового матеріала“.

щихъ обязанности монарха, т. е. главы исполнительной власти, хозяина и верховнаго распорядителя въ дѣлѣ всякаго принудительнаго исполненія и принужденія вообще (что относится и къ ограниченнымъ монархіямъ), только усугубляетъ и такъ сказать ускоряетъ то страннымъ образомъ ускользающее отъ вниманія литературы послѣдствіе теоріи принужденія, что всякій перерывъ ряда другъ друга санкціонирующихъ нормъ права лишаетъ правового характера всѣ предыдущія нормы. Такъ какъ настоящій хозяинъ правового принужденія не обязанъ въ однихъ случаяхъ воздерживаться отъ примѣненія, въ другихъ случаяхъ заботиться о примѣненіи принужденія (путемъ назначенія соотвѣтственныхъ органовъ и т. д.), вообще дѣйствуетъ съ точки зрѣнія права не по нормамъ права, а по произволу, то получается скорѣе и непосредственнѣе, нежели въ случаѣ признанія обязательности для него права, тотъ результатъ, что всѣ, дѣйствующія въ государствѣ, нормы должны быть признаны не правовыми.

Въ какомъ отношеніи находится принужденіе къ существу права, видно изъ того, что мы сказали выше объ аттрибутивной природѣ юридическихъ нормъ и характерныхъ обычныхъ послѣдствіяхъ этой природы. Закрѣпленіе долга одного въ принадлежность другому лицу въ мірѣ права содержитъ въ себѣ ключъ для психологическаго объясненія какъ того явленія, что нормы права допускаютъ принудительное исполненіе (т. е. исполненіе нормы путемъ доставленія удовлетворенія управомоченному дѣйствіемъ третьяго лица противъ воли обязаннаго, стало быть, безъ исполненія императива со стороны обязаннаго), такъ и то явленіе, что въ области права замѣчается положительное психическое стремленіе къ насильственнымъ дѣйствіямъ для удовлетворенія аттрибутивной функціи или возмездія по поводу неудовлетворенія. Эта тенденція порождаетъ съ развитіемъ права цѣлую систему юридическихъ нормъ, организующихъ исполнительную власть, опредѣляющихъ права и обязанности органовъ принужденія и исполненія, предписывающихъ мѣры, которыя должны быть приняты этими органами и т. д. Но ни упомянутая естественная психическая тенденція, ни ея продуктъ и выраженіе—стройная система особыхъ офиціальныхъ нормъ, регулирующихъ организованное принужденіе и искореняющихъ самоуправныя насилія, не составляютъ самаго существа права, а только

одно изъ характерныхъ проявленій послѣдствій этого существа; норма права остается нормою права, хотя бы вслѣдствіе характера участвующихъ лицъ, вслѣдствіе незначительности благъ, приписываемыхъ ею положительному субъекту (напр., юридическія нормы въ области общественныхъ развлеченій) и т. п. ея нарушеніе не только не возбуждало насильственныхъ дѣйствій, но даже выраженія неудовольствія, хотя бы неисполненіе ея всегда или обыкновенно оставлялось безъ вниманія или охотно прощалось. Точно также для существа юридической нормы безразлично, существуетъ ли другая юридическая норма въ качествѣ санкціи на случай ея нарушенія, и если такая санкція существуетъ, то предписываетъ ли она какія-либо формы примѣненія физической силы или иныя невыгоды, напр., лишеніе извѣстныхъ почестей, обычныхъ наградъ и т. п.,—безразлично, существуетъ ли организованная исполнительная власть или нѣтъ и обязана ли эта исполнительная власть поддерживать эту норму или нѣтъ.

Мало того, не только примѣненіе физическаго принужденія, но даже *словесное требованіе исполненія нормы* (или словесный протестъ по поводу нарушенія) можетъ быть не только не предписано, но даже запрещено правомъ, что совсѣмъ не измѣняетъ природы юридической нормы. Напр., если по законамъ даннаго государства народные представители или монархъ ограждены не только отъ мѣръ физическаго принужденія, но и отъ словесныхъ понуканій и требованій по поводу исполненія ихъ обязанностей, то это нисколько не лишаетъ юридическаго характера тѣхъ нормъ, которыя установляютъ эти обязанности, и даже ихъ характера какъ позитивныхъ и офиціальныхъ юридическихъ нормъ.

Въ предыдущемъ изложеніи рѣчь шла о теоріяхъ физическаго принужденія. Но сказанное въ существенныхъ чертахъ примѣнимо и къ тѣмъ теоріямъ, которыя говорятъ не о физическомъ, а о психическомъ принужденіи [1].

Дѣло въ томъ, что эти теоріи, несмотря на кажущееся принципіальное отличіе отъ теорій физическаго принужденія, по существу

---

[1]) Весьма обстоятельное и послѣдовательное проведеніе и обоснованіе теоріи психическаго принужденія и вообще лучшее изложеніе теоріи принужденія содержится въ брошюрѣ Шершеневича, Опредѣленіе понятія о правѣ. 1896.

весьма къ нимъ приближаются или даже съ ними вполнѣ совпадаютъ, отличаясь только по способу выраженія основной мысли.

Представители теорій психическаго принужденія исходятъ изъ тѣхъ несомнѣнныхъ (но въ формулахъ, исходящихъ изъ понятія физическаго принужденія, обыкновенно затемняемыхъ неточною и неудачною формулировкою) положеній, что на дѣлѣ физическое насиліе примѣняется въ области права лишь въ исключительныхъ случаяхъ и что и въ этихъ случаяхъ дѣло обыкновенно идетъ не о мѣрахъ принудительнаго *исполненія* (каковое обыкновенно вообще достигнуть невозможно), а о наказаніи правонарушителя. Отсюда у нихъ получается выводъ, что существенное значеніе въ правѣ имѣетъ отнюдь не физическое принужденіе къ исполненію, а страхъ подвергнуться тѣмъ мѣрамъ, которыя предусмотрѣны правомъ на случай неисполненія, и которыя такимъ образомъ психически принуждаютъ гражданъ сообразовать свое поведеніе съ требованіями права.

И вотъ поскольку представители этой теоріи подъ тѣми мѣрами, боязнь примѣненія коихъ заставляетъ гражданъ повиноваться законамъ, разумѣютъ въ концѣ концовъ мѣры физическаго насилія, ихъ теорія по существу совпадаетъ съ (правильно понятой) теоріей физическаго принужденія, отличаясь отъ обычныхъ опредѣленій права съ точки зрѣнія физическаго принужденія болѣе ясною формулировкою, напередъ предупреждающею разговоры о томъ, насколько часто въ дѣйствительности примѣняется физическое принужденіе, чего имъ можно, а чего нельзя достигнуть и т. п. Ибо и она сводится къ положенію, что нормы права — такія нормы, на случай нарушенія коихъ предусмотрѣно правомъ примѣненіе физической силы [1].

Положимъ, теорія эта содержитъ еще сверхъ того утвержденіе, что высказываемая правомъ угроза дѣйствуетъ въ качествѣ психи-

---

[1]) Ср. Шершеневичъ, стр. 60 и сл.: „Слѣдовательно, такъ какъ госуд. власть не въ состояніи принудить гражданъ къ исполненію тѣхъ именно дѣйствій, которыя составляютъ содержаніе нормъ,—не представляется никакой возможности понимать принужденіе въ смыслѣ физическаго насилія... Между тѣмъ большинство возраженій противъ принудительности, какъ отличительнаго признака юридическихъ нормъ, строится именно на отрицаніи возможности физическаго принужденія... принужденіе, соединяемое съ правовою нормою, всегда имѣетъ только психическій характеръ“ (стр. 60)... „Такимъ образомъ верховная власть... угрожаетъ за нарушеніе (нормъ права) причиненіемъ ви-

ческаго принужденія, и при томъ это утвержденіе, будучи введено въ самое опредѣленіе права, получаетъ видъ абсолютно общаго положенія, какъ бы закона природы sui generis. Возбуждается представленіе или установляется положеніе, будто то психическое принужденіе, о которомъ идетъ рѣчь, всегда имѣетъ мѣсто въ дѣйствительности, неизмѣнно осуществляется на дѣлѣ.

Но это, очевидно, неправильно. По различнѣйшимъ причинамъ психическое принужденіе (вызовъ достаточно сильнаго страха, чтобы побороть другіе мотивы) въ дѣйствительности часто не осуществляется (въ противномъ случаѣ съ точки зрѣнія этой теоріи не было бы правонарушеній). Мало того, предусматриваемыя закономъ мѣры на случай неповиновенія въ дѣйствительности нерѣдко не только не возбуждаютъ достаточно сильнаго страха, но вообще никакого страха не возбуждаютъ (напр., въ случаѣ незнанія объ ихъ существованіи и содержаніи, въ случаѣ увѣренности въ ихъ непримѣненіи вслѣдствіе бѣгства, сокрытія правонарушенія, напередъ обѣщаннаго послабленія и т. п., въ случаѣ предпочтенія этихъ мѣръ другому злу, напр., тюрьмы безпріютному скитанію, холоду и голоду) или даже именно создаютъ иногда весьма сильные, доходящіе до воодушевленія или даже фанатизма, новые мотивы къ совершенію запрещаемаго или значительно усиливаютъ дѣйствіе другихъ мотивовъ въ томъ же направленіи. Напр., преслѣдованіе за религію, національность и т. п. обыкновенно повышаетъ цѣнность этихъ идеальныхъ благъ въ глазахъ подвергающихся преслѣдованію, пробуждаетъ и усиливаетъ соотвѣтственныя сознаніе и чувства, доводитъ подчасъ степень ихъ напряженія до энтузіазма или фанатизма, а иногда даже до прямого стремленія потерпѣть за эти блага, подвергнуться мученической смерти или инымъ страданіямъ [1]).

повнику страданія при помощи особо предназначенныхъ къ тому органовъ. Угроза составляетъ средство воздѣйствія на волю членовъ государства... Если же другіе мотивы оказались сильнѣе и произошло нарушеніе охраняемой нормы, то наступаютъ обѣщанныя невыгодныя послѣдствія. Здѣсь обнаруживается потребность въ силѣ, способной привести угрозу въ исполненіе... возможность приложенія силы сопутствуетъ каждому отношенію, опредѣляемому юридической нормою" (стр. 64).

[1]) Шершеневичъ (стр. 61) ссылается на „психологическіе законы", а именно на законъ причинной связи въ области воли человѣческой и на законъ, „въ силу котораго человѣкъ всегда стремится къ удовольствію и уклоняется отъ страданія (Бэнъ, Психологія, 1887, стр. 2; Спенсеръ, Основанія психологіи,

Такимъ образомъ удаленіе понятія психическаго принужденія изъ опредѣленія понятія права и вообще замѣна формулы теоріи психическаго принужденія правильною формулою теоріи физическаго принужденія представляется несомнѣннымъ улучшеніемъ теоріи.

Между прочимъ, представителямъ какъ теоріи физическаго, такъ и теоріи психическаго принужденія можно было бы рекомендовать еще одно важное улучшеніе, вполнѣ соотвѣтствующее ихъ общему направленію и представляющее въ особенности съ точки зрѣнія теоріи психическаго принужденія только послѣдовательное проведеніе ея же собственной мысли. Существо и основанія этого улучшенія состоятъ въ слѣдующемъ:

Ошибочно было бы полагать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе извѣстной нормы права не остается по праву «безнаказан-

т. I. изд. 1876 г., гл. IX)“. Несмотря на авторитетъ Бэна, Спенсера и другихъ, признать существованіе такого закона нельзя, такъ какъ это положеніе, хотя оно и часто высказывается, какъ не подлежащая сомнѣнію истина, еще никѣмъ научно доказано не было и не можетъ быть доказано, потому что оно противорѣчитъ фактамъ. Къ этому „закону“ и вообще къ этой „психологіи“, полагающей, что она въ состояніи объяснить поведеніе человѣческое, намъ придется возвратиться въ ученіи о психическомъ дѣйствіи права, о спеціально правовомъ мотивѣ, какъ мотивѣ sui generis, отличномъ отъ эгоистическихъ побужденій, а равно и другихъ мотивахъ, которые право утилизируетъ и привлекаетъ въ помощь спеціально правовому импульсу. Пока достаточно отмѣтить, что и тѣ „законы“, которые, повидимому, подкрѣпляютъ теорію психическаго принужденія, отнюдь не даютъ основанія смотрѣть на „психическое принужденіе“ со стороны права, какъ на что-то постоянно и неизмѣнно осуществляющееся въ дѣйствительности. Напротивъ, изъ этихъ законовъ не вытекало бы не только дѣйствительности, но и возможности фактическаго осуществленія психическаго принужденія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда правовая угроза дѣйствующему субъекту вообще неизвѣстна, а въ тѣхъ случаяхъ, когда эта угроза извѣстна дѣйствующему и принимается имъ въ расчетъ, изъ этихъ законовъ вытекаетъ прямо противоположное психическому принужденію, поскольку данный субъектъ считаетъ для себя предусмотрѣнныя закономъ мѣры не зломъ, а добромъ, напр., избавленіемъ отъ худшихъ страданій, способомъ пріобрѣсти награду въ загробной жизни, славу и ореолъ геройства въ этой жизни и т. п. Какъ это и дѣйствительно бываетъ, хотя и не потому, чтобы существовалъ „законъ“ необходимаго подведенія баланса выгодъ и невыгодъ, а потому, что люди нерѣдко занимаются такимъ взвѣшиваніемъ выгодъ и невыгодъ, и въ результатѣ получается плюсъ въ пользу совершенія преступленія. И чѣмъ больше въ данной средѣ такихъ элементовъ, которые занимаются взвѣшиваніемъ выгодъ отъ правонарушенія съ возможной въ случаѣ осуществленія правовой угрозы невыгодою, тѣмъ больше преступленій. А если бы всѣ стали дѣйствовать по такимъ „законамъ“ и теоріи „психиче-

нымъ», а, напротивъ, влечетъ за собою извѣстныя невыгодныя правовыя послѣдствія для нарушителя, или когда имѣются налицо цѣпи взаимно санкціонирующихъ другъ друга нормъ, состоящія изъ 3-хъ, 4-хъ или болѣе правовыхъ звеньевъ, непремѣнно второе или и слѣдующія (если таковыя имѣются) звенья предусматриваютъ именно примѣненіе физической силы.

Такое представленіе было бы ошибочнымъ въ двоякомъ направленіи:

1. Даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда въ такой цѣпи правовыхъ звеньевъ есть звено, предусматривающее физическое насиліе, оно обыкновенно не слѣдуетъ непосредственно за первою нормою, а на-

---

скаго принужденія", если бы, напр., всѣ стали разсуждать, красть или не красть, брать взятки или не брать и т. п. въ виду, съ одной стороны, такихъ-то выгодъ, съ другой стороны эвентуальнаго наступленія такихъ-то невыгодныхъ послѣдствій и т. п., вообще, если бы право стало дѣйствовать лишь по мѣрѣ силы „психическаго принужденія", то весь правопорядокъ моментально бы рухнулъ. Собственно нечему было бы и разрушаться, потому что въ такомъ случаѣ не было бы и права, какъ не было бы и нравственности въ томъ случаѣ, если бы существовало только то, что по недоразумѣнію нѣкоторыя теоріи называютъ „нравственностью", разсуждая на самомъ дѣлѣ вовсе не о нравственности, а объ особыхъ утилитарныхъ правилахъ поведенія, объ особаго рода правилахъ цѣлесообразности, правилахъ, „обусловленныхъ цѣлью" и т. п. Ср. между прочимъ и Шершеневичъ l. c. стр. 53 (и passim): „Для лицъ, подчиненныхъ вообще данной верховной власти, но не находящихся подъ дѣйствіемъ ея силы, велѣнія не имѣютъ обязательнаго значенія, — для подданныхъ уѣхавшихъ за границу и не подлежащихъ выдачѣ. Такимъ образомъ юридическія нормы обращены къ тѣмъ и только къ тѣмъ, которые фактически находятся подъ дѣйствіемъ силы, дающей возможность верховной власти настаивать на исполненіи ея требованій, совершенно такъ же, какъ и нравственныя нормы имѣютъ силу только для тѣхъ, кто фактически чувствуетъ на себѣ давленіе общественнаго мнѣнія той среды, гдѣ онъ находится".

Для пониманія теоріи принужденія, какъ и вообще современной литературы теоріи права, слѣдуетъ принимать во вниманіе, что между предложенною выше теоріей юридическихъ нормъ и обычными воззрѣніями на эти явленія существуетъ различіе не только въ области вопроса о differentia specifica, о видовыхъ отличіяхъ нормъ права отъ нормъ нравственности и т. п., но и въ области родовыхъ понятій *нормы* и *обязанности*. Нашимъ исходнымъ положеніемъ является противопоставленіе нормъ соображеніямъ цѣлесообразности. Напротивъ, большинство современныхъ теоретиковъ права видятъ въ нормахъ права и нормахъ нравственности не что иное, какъ разновидности правилъ цѣлесообразности. Ср. напр., Коркуновъ, Лекціи, § 5: „Такія правила, обусловленныя опредѣленною цѣлью, называются вообще *нормами*. Сообразно различію цѣлей и нормы могутъ быть очень разнообразны. Но всѣ онѣ сводятся къ двумъ главнымъ группамъ: нормы техническія и нормы эти-

ходится дальше. Нарушеніе первой нормы въ данной цѣпи нормъ обыкновенно влечетъ за собою не немедленное и непосредственное право или также и обязанность для другихъ лицъ примѣнить къ нарушителю мѣры физическаго насилія (въ противномъ случаѣ пришлось бы государству содержать невѣроятно большой штатъ органовъ принужденія), а иныя правовыя послѣдствія. Напр., неправильно было бы полагать, будто частное лицо, нарушившее чье-либо право и этимъ причинившее другому убытки, напр., совершившее что-либо вопреки обязательству, принятому по договору, неосторожно повредившее чужую вещь и т. д., или чиновникъ, совершившій какое-либо упущеніе или положительное прегрѣшеніе по службѣ, eo ipso

---

ческія" и т. д.; Шершеневичъ, стр. 9: „Подъ именемъ нормы или правила мы понимаемъ указаніе, какъ должно поступать, чтобы достигнуть той или иной цѣли. Норма представляетъ собою сообразованіе дѣятельности съ намѣченною цѣлью". Обыкновенно къ тому же подъ юридическими *нормами* разумѣютъ *велѣнія*, какъ требованія, исходящія отъ однихъ людей и обращенныя къ другимъ. Ср., напр., Ihering, Zweck im Recht, 1, стр. 330 и сл.: „die Norm... zeichnet dem fremden Willen eine Richtung vor, die er innehalten soll, d. h. jede Norm ist ein Imperativ (positiver: Gebot, negativer: Verbot). Ein Imperativ hat nur im Munde desjenigen Sinn, der die Macht hat, einem fremden Willen diese Beschränkung aufzulegen, es ist der stärkere Wille, der dem schwächeren Willen die Richtschnur des Handelns vorzeichnet. Der Imperativ setzt einen doppelten Willen voraus, er ergeht von der Person an die Person...; Шершеневичъ, стр. 22 и сл.: „Характеристическая черта, свойственная всѣмъ соціальнымъ нормамъ, заключается въ томъ, что онѣ исходятъ отъ воли однихъ лицъ и обращаются къ волѣ другихъ... нѣтъ обязанности безъ соотвѣтственнаго повелѣнія, сопровождаемаго возможностью зла"; стр. 51: „Юридическія нормы выражаются, какъ и нравственныя, въ повелѣніяхъ, исходящихъ отъ однихъ лицъ и обращаемыхъ къ другимъ".

Въ такомъ случаѣ оказывается, что подъ „нормами" (права) разумѣются явленія совсѣмъ „другого міра", нежели тотъ, въ сферѣ котораго находится наша теорія, а именно по этой теоріи оказывается, что норма есть особаго рода дѣйствіе человѣка, явленіе внѣшняго міра, между тѣмъ какъ норма въ нашемъ смыслѣ является чисто внутреннимъ, психическимъ актомъ, особаго рода убѣжденіемъ.

Эти принципіальныя различія въ пониманіи родового понятія создаютъ такую пропасть между нашею теоріей и разными другими теоріями, что собственно полемика съ ними о видовыхъ отличіяхъ представляетъ нѣкоторую аномалію. Напоминаемъ, что мы для цѣлей обзора теорій права и оріентировки въ современной литературѣ ограничиваемся критикою разсматриваемыхъ теорій съ точки зрѣнія ихъ же міросозерцанія; дальнѣйшія части изложенія настоящей теоріи права доставятъ еще иную, болѣе глубоко идущую критику того этическаго (нравственнаго и правового) міросозерцанія, которое выражается не только въ теоріяхъ принужденія, но и въ разныхъ другихъ современныхъ теоріяхъ права.

навлекаютъ на себя правовыя послѣдствія, состоящія въ правѣ или обязанности другихъ лицъ причинить имъ какое-либо физическое насиліе. Вторымъ правовымъ звеномъ (поскольку оно имѣется) бываетъ въ такихъ случаяхъ обыкновенно возложеніе второю нормою на нарушившаго первую норму извѣстной обязанности (подлежащей, какъ и всякая обязанность, добровольному исполненію), напр., въ случаѣ причиненія имущественнаго ущерба вступаетъ въ силу норма-санкція, предписывающая нарушителю возмѣстить деньгами причиненный ущербъ; въ случаѣ служебнаго упущенія вступаетъ въ силу обязанность исправить это упущеніе, эвентуально выслушать безропотно замѣчаніе или выговоръ со стороны начальства и т. п. Уже не столь несообразнымъ было бы предположеніе, что по крайней мѣрѣ въ случаѣ дальнѣйшаго неподчиненія и этой второй нормѣ дѣло доходитъ до санкціи «принужденія». Но и это предположеніе было бы слишкомъ общимъ и поспѣшнымъ. Напр., нарушившій первую норму и этимъ причинившій другому убытки, т. е. навлекшій на себя дѣйствіе нормы-санкціи о возмѣщеніи причиненныхъ убытковъ, и затѣмъ не желающій исполнить своей новой обязанности отнюдь еще не подвергается (по крайней мѣрѣ по праву цивилизованныхъ государствъ) изъ-за этого мѣрамъ грубаго насилія. Напротивъ, на этотъ случай вступаетъ въ силу система нормъ менѣе грубаго содержанія, а именно система нормъ процессуальнаго права. Чтобы дойти до принужденія, мы дальше предполагаемъ, что дѣло оканчивается присужденіемъ нарушителя къ платежу суммы убытковъ, возмѣщенію судебныхъ издержекъ и т. д.— для принужденнаго вступаетъ въ силу новая норма, налагающая на него обязанность исполнить судебное рѣшеніе, добровольно уплатить все съ него теперь причитающееся, и если онъ всю слѣдуемую сумму денегъ уплачиваетъ, то санкція физ. принужденія не имѣетъ мѣста. Мало того, если онъ не уплачиваетъ слѣдуемаго своему противнику и доводитъ дѣло до «принудительнаго исполненія», до появленія судебнаго пристава съ исполнительнымъ листомъ, то и въ этомъ случаѣ нельзя вѣрить буквальному смыслу словъ «принудительное исполненіе» и думать, что данный субъектъ долженъ подвергнуться физическому насилію, толчкамъ, связыванію рукъ или т. п. Напротивъ, не только въ дѣйствительности, но и по праву, «принудительное исполненіе» должно произойти и происходитъ въ нормальномъ случаѣ безъ всякихъ (отвратительныхъ) сценъ

физическаго принужденія. По относящимся къ такимъ случаямъ нормамъ права присужденный обязанъ вручить подъ росписку судебному приставу то, что̀ съ него теперь слѣдуетъ. Но предположимъ, что онъ этого не дѣлаетъ (не можетъ или не хочетъ). На случай наступленія такихъ фактовъ существуютъ дальнѣйшія нормы, возлагающія на присужденнаго обязанность (подлежащую добровольному исполненію и рѣдко нарушаемую въ дѣйствительности) дать возможность приставу совершить опись вещей присужденнаго, могущихъ быть проданными для выручки требуемой суммы денегъ въ пользу выигравшей дѣло стороны и т. д. (буде такія вещи есть налицо, а если ихъ нѣтъ, то дѣло кончается констатированіемъ этого и уходомъ пристава). Право примѣнить физическую силу (и обязанность это сдѣлать) возникаетъ для судебнаго пристава лишь въ томъ случаѣ, если подвергающійся «принудительному исполненію» не допуститъ судебнаго пристава къ исполненію его обязанности.

2. Иногда предписанія права на случай нарушенія извѣстной нормы состоятъ въ возложеніи такихъ невыгодныхъ послѣдствій на нарушителя, которыя не только сами не имѣютъ ничего общаго съ физическимъ насиліемъ, но и не снабжаются такими дальнѣйшими звеньями, которыя могутъ привести къ физическимъ насиліямъ. Сюда относится, между прочимъ, одна изъ наиболѣе рѣшительныхъ мѣръ въ случаѣ неисполненія обязанностей со стороны чиновника — лишеніе должности, т. е. лишеніе соотвѣтственныхъ правъ (съ освобожденіемъ отъ соотвѣтственныхъ обязанностей). Лишеніе извѣстнаго отдѣльнаго права (напр., права требованія по договору, права собственности, правъ отцовской власти) или болѣе или менѣе обширнаго круга ихъ (напр., правъ чести, политическихъ правъ) въ качествѣ наказанія за правонарушеніе представляетъ вообще весьма обычное въ правѣ явленіе. Что же касается права болѣе низкихъ ступеней культуры, то здѣсь это наказаніе простиралось подчасъ до лишенія всѣхъ правъ (такъ что данный человѣкъ превращался въ совершенно безправное существо и былъ на положеніи дикаго звѣря, съ которымъ каждый могъ безнаказанно поступить, какъ ему угодно) и представляло весьма обычную кару за тяжкія правонарушенія. Кромѣ лишенія правъ есть еще другія наказанія, въ которыхъ физическое насиліе никакой роли, даже въ видѣ болѣе или менѣе отдаленнаго правового звена, не играетъ, напр., публичное объявленіе порицанія нарушителю, проклятія ему, объявленіе лживости его сооб-

щеній, символическая казнь убѣжавшаго преступника (совершаемая чрезъ палача надъ его изображеніемъ), сожженіе чрезъ палача экземпляра книги осужденнаго за распространеніе извѣстныхъ идей и т. п.

И вотъ съ точки зрѣнія теоріи психическаго принужденія представляется непослѣдовательнымъ и безпринципнымъ останавливаться именно на угрозѣ примѣненія физической силы, такъ какъ и указанныя выше мѣры, напр., обремененіе новою обязанностью возмѣстить убытки, уплатить штрафъ, лишеніе правъ и т. д. играютъ такую же роль въ дѣлѣ психическаго принужденія, какъ и предписаніе примѣненія физической силы.

Поэтому и съ точки зрѣнія бо́льшаго согласія съ дѣйствительностью, и съ точки зрѣнія логической послѣдовательности было бы шагомъ впередъ вообще отказаться отъ признака возможности примѣненія физической силы и образовать, напр., такое опредѣленіе нормъ права: Нормы права суть нормы, на случай несоблюденія коихъ опредѣлены правомъ извѣстныя невыгодныя (признаваемыя обыкновенно таковыми) послѣдствія для нарушителя.

Но и эта лучшая изъ возможныхъ формулъ въ духѣ теорій принужденія все-таки заключала бы тѣ существенныя логическія погрѣшности, которыя мы указали выше по поводу теоріи физическаго принужденія [1]).

Если же принять во вниманіе, что есть и необходимо должны быть нормы права безъ всякихъ дальнѣйшихъ опредѣленій правовыхъ

---

[1]) Между прочимъ, и опредѣленіе, предлагаемое Шершеневичемъ, не содержитъ упоминанія о физическомъ насиліи (хотя изъ другихъ мѣстъ изложенія видно, что подъ правовою угрозою авторъ разумѣетъ угрозу этого именно содержанія). Формула его гласитъ (стр. 73):

„Итакъ, право есть норма, опредѣляющая отношеніе человѣка къ человѣку угрозою на случай нарушенія извѣстнымъ страданіемъ, которое будетъ причинено установленными для этой цѣли органами государственной власти“.

Объ этомъ опредѣленіи самъ авторъ замѣчаетъ (тамъ же): „Предлагаемое опредѣленіе понятія о правѣ отвѣчаетъ основнымъ требованіямъ, предъявляемымъ логикою къ каждому опредѣленію: definitio fit per genus et differentiam. Genus—это нормы вообще, genus proximum—соціальныя нормы въ частности, differentia—организованное принужденіе“.

На самомъ дѣлѣ логика не требуетъ отъ всякаго опредѣленія, чтобы оно содержало указаніе рода и видового отличія (это и невозможно въ тѣхъ случаяхъ, когда опредѣляемое вовсе не представляетъ вида какого либо болѣе обширнаго рода), но отъ всякаго опредѣленія требуется, чтобы оно не было definitio per idem, чтобы оно не сводилось къ формулѣ $x = x$, или, что еще хуже, $x = x + a$ (если a не $= 0$).

невыгодныхъ послѣдствій, въ частности, что и въ тѣхъ цѣпяхъ нормъ, которыя съ точки зрѣнія теорій принужденія должны были бы быть безконечны, во избѣжаніе абсурда (и для согласія съ дѣйствительностью) слѣдуетъ предположить наличность концовъ — послѣднихъ звеньевъ, за которыми уже не слѣдуетъ никакихъ дальнѣйшихъ предписаній на случай ихъ несоблюденія, и удалить изъ опредѣленія и противорѣчащія этому неправильныя положенія, то остается въ результатѣ вполнѣ правильное, но не содержащее опредѣленія положеніе: $x = x$.

Это показываетъ, что теоріи принужденія представляютъ нѣчто значительно худшее, нежели неудачныя попытки опредѣлить право: все то, что въ разныхъ этихъ теоріяхъ добавляется къ логическому нулю $x = x$, представляетъ только различныя ухудшенія и положительныя ошибки, очищеніе отъ коихъ даетъ въ результатѣ отвѣтъ, что нормы права суть нормы права.

II. § 9. Теоріи положительнаго права.

Какъ указано было выше, современная наука права стремится отыскать такую единую формулу опредѣленія понятія права, которая бы обнимала какъ положительное международное право, такъ и дѣйствующее внутри государства положительное право, но не все право этой второй категоріи, а только извѣстную часть его съ устраненіемъ большинства правовыхъ нормъ (въ нашемъ смыслѣ: императивно-аттрибутивныхъ нормъ), хотя бы онѣ были позитивныя, напр., основанныя на обычаѣ, нормы. Подобно судьямъ и другимъ органамъ государства, не относящимъ къ своему вѣдѣнію множества обычныхъ императивно-аттрибутивныхъ нормъ, напр., изъ области общественныхъ развлеченій, правилъ вѣжливости и т. п., и теоретики права a priori и напередъ исходятъ изъ того, что такія «права», какъ, напр., основанныя на обычаяхъ карточныхъ или иныхъ игръ права партнеровъ, взаимныя права и обязанности дамъ и кавалеровъ по танцовальнымъ обычаямъ, права старшинства за обѣденнымъ столомъ, права гостя на извѣстное отношеніе къ нему, какъ къ гостю, и т. п. только по ошибкѣ въ обыденномъ языкѣ называются правами, а на самомъ дѣлѣ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ «нравами» (Sitte), не имѣющими юридическаго значенія, не относящимися къ праву.

Государство производитъ здѣсь сортировку императивно-атрибутивныхъ нормъ по различнымъ основаніямъ, напр., по важности и значенію ихъ для государственной жизни, по культурной доброкачественности ихъ (отвергая, напр., и по возможности искореняя варварскіе правовые обычаи, право родовой мести, дуэли, основанное на полигаміи или поліандріи брачное право присоединенныхъ къ государству языческихъ племенъ) и по разнымъ другимъ соображеніямъ, и однѣ нормы оно офиціально признаетъ и по возможности поддерживаетъ ихъ соблюденіе, другимъ оно объявляетъ войну и старается ихъ искоренить, къ третьимъ относится индифферентно, не мѣшая ихъ соблюденію, но и не доставляя дорого стоющей и требующей большой затраты силъ защиты путемъ приведенія въ дѣйствіе сложнаго и тяжелаго судебнаго и исполнительнаго механизма. И вотъ юриспруденція (въ отличіе, напр., отъ науки религіи, которая отнюдь не стала бы отрицать характера религіознаго ученія за такимъ вѣроученіемъ, которое не пользуется государственнымъ признаніемъ или даже имъ преслѣдуется; отъ науки языка, которой бы, конечно, и въ голову не пришло признавать языкомъ только государственный языкъ и т. п.) по особымъ причинамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ задачами чистой теоріи и объясненнымъ выше, становится внутри государства на офиціально-практическую точку зрѣнія и различаетъ право отъ не-права въ смыслѣ и направленіи указанной сортировки. Такимъ образомъ получаются два масштаба и два различныхъ критерія для отнесенія извѣстныхъ явленій къ правовымъ или исключенія ихъ изъ области права: тамъ, гдѣ нѣтъ высшаго хозяина, могущаго сортировать обычныя среди членовъ общенія нормы на достойныя одобренія и поддержанія путемъ судебной и исполнительной власти и недостойныя такого признанія и защиты, или не нуждающіяся въ такой поддержкѣ свыше, какъ это, напр., имѣетъ мѣсто въ области международнаго права, гдѣ нѣтъ высшаго начальства, ни законодательной, ни судебной, ни исполнительной *власти*, тамъ и нормамъ права не приходится выдерживать особенно строгаго экзамена со стороны науки права, чтобы удостоиться признанія своей правовой природы. Иныя условія поступленія въ сонмъ правовыхъ нормъ требуются отъ нихъ со стороны юриспруденціи внутри государства. Поэтому, напр., правила международной дуэли, войны, наука права относитъ къ своему вѣдѣнію, правила же дуэли между частными лицами она не считаетъ правовыми, потому что запретить кровопролитный бой наро-

дамъ некому, а внутри государства кровопролитіе запрещается. Мало того, юриспруденція такъ привыкла исключать «дуэльный кодексъ» изъ области права, хотя онъ въ значительной части опредѣляетъ съ аттрибутивной силой взаимныя права и обязанности дерущихся, права секундантовъ и т. п., что даже тамъ, гдѣ государство по исключенію допускаетъ дуэли и требуетъ въ случаѣ таковыхъ точнаго соблюденія обычнаго «кодекса» дуэли, юристы все-таки не относятъ обычаевъ дуэли къ правовымъ и не изучаютъ относящихся сюда нормъ, какъ правовыя нормы. Только развѣ историки права, описывая правовый бытъ того времени, когда государство предписывало поединки въ качествѣ элементовъ или замѣны судебнаго разбирательства, упоминаютъ этотъ историческій фактъ, какъ правовое явленіе прошлаго времени. Точно также, правила международной вѣжливости, напр., обязанности этого рода по отношенію къ посламъ, къ гостямъ-монархамъ чужихъ государствъ, поскольку существуетъ основанное на обычаѣ притязаніе на ихъ исполненіе, признаются правами, особенно въ виду того, что ихъ нарушеніе въ международной области можетъ повести къ весьма серіознымъ послѣдствіямъ, но ни одинъ правовѣрный юристъ не отнесетъ къ праву совершенно однородныхъ правилъ между частными лицами, хотя бы ихъ несоблюденіе разсматривалось въ народной жизни, какъ рѣзкое нарушеніе правъ гостя и т. п. и влекло за собою аналогичныя послѣдствія только въ маломъ размѣрѣ (требованіе удовлетворенія, въ противномъ случаѣ дуэль, или у простого народа брань, кулачную расправу или кровавую vendetta). И здѣсь привычка относить подобныя явленія къ не имѣющимъ юридическаго значенія «нравамъ» ведетъ къ тому, что даже и тѣ императивно-аттрибутивныя нормы этого рода, которыя по исключенію возводятся въ официальное право даннаго государства, напр., многія правила придворнаго этикета, имѣютъ ли они обычно-правовой или законодательный характеръ, среди нормъ, изучаемыхъ юристами, въ качествѣ правовыхъ нормъ какъ-то не числятся. И даже такія явленія, какъ, напр., нормы относительно мѣстъ за столомъ и т. п. московскаго періода исторіи русскаго права (мѣстничество), не наводятъ юристовъ на мысль, что ихъ обычныя воззрѣнія на то, что слѣдуетъ считать правомъ, а что сюда не относится, нуждаются въ серьезной ревизіи.

Примѣняя такимъ образомъ два различныхъ критерія, но дѣлая это скорѣе инстинктивно, по безсознательному такту и чутью, со-

образному съ практическою задачею своею въ области правопорядка, юриспруденція въ роли теоріи права не сознаетъ этого двойственнаго характера своего собственнаго отношенія къ праву и работаетъ надъ рѣшеніемъ неразрѣшимой проблемы: найти такой единый критерій опредѣленія того, чтò *она* признаетъ правомъ, который бы и то включилъ, чтò она въ международной области относитъ къ праву, и то исключилъ, чтò внутри государства она не относитъ къ праву (хотя и вполнѣ однородное съ первымъ элементомъ). При этомъ особенно строго (съ ея инстинктивно-практической точки зрѣнія) запрещается прибѣгать къ такому критерію, каковъ, напримѣръ, предложенный выше индивидуально-психологическій критерій императивно-аттрибутивныхъ нормъ, ибо тогда и личные взгляды отдѣльныхъ индивидовъ пришлось бы отнести къ праву — ересь, прямо противоположная существу ея стремленій къ твердому, опредѣленному и однообразному для всѣхъ правовому шаблону.

И вотъ въ предыдущихъ параграфахъ мы имѣли дѣло съ такими теоріями, которыя представляютъ попытки разрѣшить эту проблему съ точки зрѣнія внутри-государственной сортировки. Въ случаѣ удачности попытки этого рода, по крайней мѣрѣ въ смыслѣ опредѣленія офиціальнаго права, найденъ былъ бы сознательный способъ отличить это право отъ только позитивнаго права въ нашемъ смыслѣ (вообще отъ офиціально не обязательныхъ народныхъ «правовъ» и т. п.), но соотвѣтственная формула необходимо устранила бы международное право, ибо оно—только позитивное право. Но, какъ мы убѣдились выше, эти теоріи (противъ воли своей исключая международное право) не въ силахъ дать удачное опредѣленіе даже и для офиціальнаго права. Сверхъ такъ сказать лишнихъ ошибокъ, которыя могли бы быть избѣгнуты, какъ изъ существа дѣла не вытекающія, онѣ содержатъ definitiones per idem въ видѣ неизбѣжныхъ ошибокъ, вытекающихъ изъ того, что, по самому существу офиціальнаго права, теоріямъ этимъ для полученія нормы права приходится исходить изъ предположенія наличности цѣлой сложной системы нормъ права—сложной правовой организаціи человѣческаго общества—государственной или т. п. организаціи.

Своеобразную definitio per idem въ видѣ безконечной цѣпи иксовъ неизбѣжно заключаютъ сверхъ сего теоріи принужденія, ссылающіяся для опредѣленія нормы права на наличность слѣдующей нормы, регулирующей послѣдствія неисполненія первой нормы, исхо-

дящія изъ того, что для каждой нормы права требуется охрана и угроза со стороны другой нормы—теоріи, подобныя фантастическому плану хозяйства, въ которомъ надъ рабочими поставлены съ кнутами надсмотрщики, которыхъ, въ свою очередь, къ исполненію ихъ обязанностей понуждаютъ поставленные надъ ними надсмотрщики и погонщики, а этихъ понуждаютъ и погоняютъ дальнѣйшіе оберъ-погонщики и т. д.

Съ перваго взгляда можно было бы подумать, что эти теоріи могли бы удовольствоваться формой безконечно длинной цѣпи иксовъ, не присоединяя къ этой логической уродливости еще цѣлой сложной совокупности иксовъ въ видѣ явной или скрытой ссылки на ту массу нормъ права, которая составляетъ государственную организацію. Напр., мы въ своемъ мѣстѣ указали, какъ на обычную характерную черту права, вытекающую изъ аттрибутивной природы юр. нормъ, на то, что нарушеніе этихъ нормъ обыкновенно порождаетъ особаго рода раздраженіе со стороны субъектовъ аттрибутивной функціи, позывъ къ насилію, къ мести и т. д., что эта черта правовой психологіи съ развитіемъ права воплощается въ самомъ правѣ, выражается въ развитіи нормъ, предписывающихъ принужденіе, наказаніе и т. д., причемъ съ нашей точки зрѣнія для появленія такихъ нормъ-санкцій вовсе нѣтъ надобности необходимо предполагать наличность государственной организаціи. Напр., право родовой или племенной мести по правилу око за око, зубъ за зубъ или т. п., право войны, притязаніе на извиненіе или на удовлетвореніе болѣе серьезнаго свойства, напр., путемъ дуэли, судъ Линча etc. etc.—все это явленія, которыя подтверждаютъ и иллюстрируютъ теорію императивно-аттрибутивныхъ нормъ, въ томъ числѣ и роли «принужденія» въ правѣ, независимо отъ наличности государственной или какой бы то ни было организаціи власти. Вотъ, повидимому, и теорія принужденія могла бы удовольствоваться только тѣмъ отличіемъ отъ изложенной выше теоріи, что характерное и обычное послѣдствіе болѣе глубоко лежащаго постояннаго и основного признака (аттрибутивной функціи) она бы возвела въ основной и постоянный признакъ (съ тѣмъ бѣдственнымъ, отсюда возникающимъ послѣдствіемъ, которое имѣетъ видъ безконечной цѣпи нормъ), не ухудшая этой достаточно плохой теоріи еще ссылкою на цѣлую массу иксовъ въ видѣ государственной организаціи. Но на самомъ дѣлѣ такъ она не можетъ поступить; безъ предположенія

«организованнаго принужденія» ей нельзя обойтись въ виду того, что ей вѣдь надо отличить право отъ «нравовъ» и т. п., что въ противномъ случаѣ въ ея рамки хлынула бы масса такого матеріала, который юриспруденція именно и считаетъ a priori подлежащимъ исключенію изъ области правовыхъ явленій [1]). Поэтому мы отнесли теоріи принужденія къ офиціальнымъ теоріямъ не только потому, что представители этихъ теорій на дѣлѣ присоединяютъ къ своимъ спеціальнымъ недоразумѣніямъ еще и недостатки всякой офиціальной теоріи, но и потому, что это они дѣлаютъ не случайно, а по необходимости.

Естественное дополненіе къ теоріямъ предыдущей группы и ихъ ошибкамъ, какъ бы созданное для полноты картины логическихъ мученій, испытываемыхъ роковымъ образомъ современной юриспруденціей, представляютъ тѣ теоріи, которыя избираютъ вторую альтернативу современной науки права, примѣняющей двойственный масштабъ при сортировкѣ явленій на правовыя и не-правовыя и спрашивающей самоё себя, какой единый масштабъ она примѣняетъ.

Эта вторая альтернатива дана вторымъ (инстинктивнымъ) критеріемъ правовыхъ явленій, тѣмъ критеріемъ, каковой, напр., примѣняется въ области международнаго права и который соотвѣтствуетъ нашему понятію позитивнаго права (независимо отъ того, возведено ли оно въ конкретномъ случаѣ въ рангъ признаваемаго и защищаемаго высшимъ начальствомъ права, въ рангъ офиціальнаго права). Для пониманія «психологіи» соотвѣтственныхъ теорій слѣдуетъ, впрочемъ, оговориться, что онѣ не исходятъ непремѣнно изъ международнаго права и не ограничиваются необходимо этою областью права. Ихъ кругозоръ и исходная точка можетъ быть и обыкновенно бываетъ шире. Въ частности и тѣ области права,

---

[1]) Отсюда, между прочимъ, видно, что наша теорія по сравненію съ обычными воззрѣніями на право оказываетъ весьма широкое гостепріимство „принужденію“; она захватываетъ и психологически объясняетъ массу такихъ явленій въ общественной жизни, въ частности и явленій насилія, которыя для традиціоннаго воззрѣнія на право представляютъ нѣчто чуждое и только затрудняющее образованіе теоріи права. Обычное воззрѣніе способно включить въ свои узкія рамки только микроскопическую долю тѣхъ явленій принужденія, которыя происходили въ исторіи человѣческой и происходятъ и теперь на почвѣ своеобразной правовой психики. Но, уложивъ эту микроскопическую частицу относящихся сюда явленій въ свое прокрустово ложе, оно возвеличиваетъ ее до абсурда.

касающіяся отношеній не между «народами», а между отдѣльными лицами, напр., семейственное, наслѣдственное право, право частной собственности, договоровъ и иныхъ сдѣлокъ между отдѣльными индивидами, которыя на высшихъ ступеняхъ культуры поддерживаются государственной организацiей, признаются съ точки зрѣнія этихъ теорій правовыми независимо отъ государственной организаціи, въ частности и за время до появленія таковой организаціи въ человѣческой жизни. Но, съ другой стороны, тѣ области права, которыя при наличности государственной сортировки не пользуются офиціальною защитою, какъ не терпящія вмѣшательства органовъ власти или не требующія таковаго вслѣдствіе своей маловажности, и эти теоріи, какъ и вообще юристы, правомъ не считаютъ; имѣя въ виду тѣ области, гдѣ нѣтъ государственной сортировки, они все-таки представляютъ ее себѣ какъ бы произведенною.

Вообще говоря, представители теорій этихъ отнюдь не свободны отъ офиціальной точки зрѣнія, они также стремятся исключить то, что внутри государства не имѣетъ офиціальнаго значенія, но не упоминаютъ въ своемъ опредѣленіи ни о признаніи со стороны государства, ни объ организованной защитѣ, такъ что международное право ихъ опредѣленіями не исключается.

Если мы теперь представимъ себѣ, что какой-либо изъ теорій этого рода удалась правильно опредѣлить только позитивное право, напр., найти такіе признаки, которые соотвѣтствовали бы международному позитивному праву, то ясно, что такая теорія не могла бы удовлетворить современную юриспруденцію, не давала бы ей рѣшенія ея проблемы, потому что получилось бы противорѣчіе между такимъ свободнымъ и широкимъ опредѣленіемъ права и тѣмъ незыблемымъ символомъ вѣры юриспруденціи, по которому явленія въ родѣ танцовальныхъ правъ и обязанностей не суть право. По этому опредѣленію оказалось бы правомъ множество такихъ явленій, только незначительный процентъ коихъ юристы согласны признать правомъ,—роковое и неизбѣжное внутреннее противорѣчіе, соотвѣтствующее тому противорѣчію, которое въ офиціальныхъ теоріяхъ создается признаніемъ правомъ международнаго права.

Но параллелизмъ логическихъ затрудненій въ дѣйствительности идетъ дальше. Подобно тому какъ неумѣніе офиціальныхъ теорій справиться съ международнымъ правомъ (включить его въ опредѣленіе) стушевывается другими еще болѣе поразительными недостат-

ками, становясь лишь однимъ изъ многихъ затрудненій, такъ и неумѣніе только позитивныхъ теорій справиться съ только позитивнымъ правомъ въ нашемъ смыслѣ внутри государства (исключить его изъ опредѣленія) блѣднѣетъ до степени сравнительно скромнаго недостатка по сравненію съ другими, еще болѣе поразительными.

Какъ официальныя теоріи совсѣмъ не въ состояніи подъ видомъ опредѣленія права вообще дать по крайней мѣрѣ опредѣленіе официальнаго права, такъ и позитивныя теоріи не въ силахъ доставить даже опредѣленія только позитивнаго права.

Съ нашей точки зрѣнія правовыми нормами вообще являются императивно-аттрибутивныя нормы, позитивными правовыми нормами являются такія аттрибутивныя нормы, содержаніе и авторитетъ коихъ опредѣляется какими-либо внѣшними фактами (что такъ поступали отцы и дѣды, что такъ рѣшено на вѣчѣ и т. п.). Но возможность установленія признака аттрибутивности, какъ специфическаго свойства правовыхъ, въ отличіе отъ нравственныхъ, чисто императивныхъ нормъ, для этихъ теорій исключена, такъ какъ такой же признакъ свойственъ и многому тому, что юристы a priori исключаютъ изъ области права, что они считаютъ нравственностью, «нравами», правилами приличія и т. п.

Фактически въ ихъ распоряженіи для составленія опредѣленія права съ точки зрѣнія только позитивнаго права остается именно признакъ позитивности, вообще тѣ характерныя черты, которыя свойственны однообразному гетерономному шаблону въ отличіе отъ автономныхъ индивидуальныхъ правилъ поведенія. Послѣднія юристы относятъ къ нравственности (не различая чисто императивныхъ отъ аттрибутивныхъ нормъ), а отъ права сообразно съ инстинктивными тенденціями юриспруденціи непремѣнно требуютъ твердой однообразной опредѣленности для всѣхъ и въ этомъ видятъ его отличіе отъ нравственности.

Сообразно съ этимъ и встрѣчаются въ литературѣ изреченія, подчасъ, хотя и рѣдко, выставляемыя въ видѣ опредѣленій права, въ родѣ того, что право представляетъ нормы общественныя (въ отличіе отъ нравственности, какъ нормъ индивидуальныхъ), или что правовыя нормы суть «внѣшнія» нормы, а нравственность составляютъ внутреннія нормы (коренящіяся въ совѣсти каждаго), и т. п. болѣе или менѣе удачныя или неудачныя выраженія той мысли, что право есть позитивный однообразный шаблонъ и этимъ отличается отъ нрав-

ственности, которая, въ свою очередь отождествляется съ тѣмъ, что̀ съ точки зрѣнія системы нашихъ понятій и терминовъ представляетъ совокупность интуитивныхъ нормъ или правилъ поведенія вообще.

Но, чѣмъ яснѣе изъ такихъ изреченій видно, что они только то и высказываютъ, что нормы права составляютъ нѣкій однообразный шаблонъ съ внѣшнимъ авторитетомъ, тѣмъ очевиднѣе для нихъ невозможность получить сколько-нибудь серьезное значеніе и признаніе въ наукѣ въ качествѣ опредѣленій права. Что указаннымъ свойствомъ нормы права необходимо обладаютъ, въ этомъ современная юриспруденція не сомнѣвается, точно также положеніе, что нравственность составляютъ «внутреннія нормы» и т. п., представляетъ ходячее мнѣніе, такъ что упомянутыя положенія не только не оспариваются, но являются исходною точкою, чуть ли не аксіомою для юриспруденціи вообще. Но дѣло въ томъ, что «общественными» или «внѣшними» правилами въ томъ же смыслѣ, очевидно, являются также и «нравы», такъ что указаніе на «общественный» характеръ, внѣшнее установленіе и т. п. вовсе не можетъ отличить право отъ нравовъ [1].

Въ виду этого (какъ это ни странно съ научной точки зрѣнія) становится понятнымъ психологически то явленіе, что играютъ нѣ-

---

[1]) Замѣчанія въ текстѣ дѣлаются съ точки зрѣнія традиціоннаго сопоставленія права, нравственности и нравовъ, какъ какихъ-то трехъ видовъ общаго рода, соподчиненныхъ понятій. Обыкновенно въ видѣ четвертаго члена этой классификаціи выступаетъ религія и получается рядъ: право, нравственность, нравы, религія (а иногда сюда присоединяются еще правила приличія). Что эта классификація не выдерживаетъ научной критики и почему—будетъ подробно выяснено впослѣдствіи. Пока ограничимся слѣд. краткими намеками:

Общественные нравы представляютъ смѣсь всевозможныхъ правилъ поведенія, поскольку они позитивны, а именно опираются на авторитетъ установившагося обычая. Правила человѣческаго поведенія можно раздѣлить на два разряда:

1. Утилитарныя правила (правила цѣлесообразности, пользы) — правила, указывающія средства для достиженія извѣстной цѣли, буде она дѣйствующему субъекту представляется желательною, „правила, обусловленныя цѣлью“.

2. Безусловныя, самодовлѣющія правила поведенія, т. е. такія правила поведенія, которыя указываютъ извѣстное поведеніе, какъ надлежащее само по себѣ, а не какъ средство для какихъ-либо цѣлей.

Эти правила второго рода мы дѣлимъ на три вида:

а. Эстетическія правила поведенія—имъ соотвѣтствуетъ понятіе и чувство красоты. Къ этимъ правиламъ, масштабомъ для оцѣнки коихъ служитъ не предвидѣніе и желаніе какого-либо полезнаго дальнѣйшаго результата, а не-

которую роль въ литературѣ въ качествѣ опредѣленій права только такія, относящіяся къ этой группѣ, теоріи, которыя, не отличаясь отъ предыдущихъ никакими научными преимуществами, имѣютъ характеръ туманныхъ изреченій, могущихъ быть истолковываемыми на разные лады или заставляющихъ подозрѣвать въ нихъ какую-то неуловимую особую мысль.

Сюда относятся слѣдующія три теоріи:

1. Право есть *общая* воля.

2. Право есть *общее* убѣжденіе.

3. Право составляютъ нормы и правила общежитія, пользую-

посредственное чувство красоты, изящества (или безобразнаго), относятся, между прочимъ, и разныя правила приличія (decorum).

b. Логическія правила — имъ соотвѣтствуетъ понятіе и чувство истины (очевидности, а также логической послѣдовательности).

c. Этическія (въ общемъ смыслѣ) правила поведенія, или нормы—добро—зло, правда — неправда (справедливость — несправедливость). Специфическая особенность нормъ въ нашемъ смыслѣ состоитъ въ чувствѣ долга, обязанности. Это обязательныя въ этомъ смыслѣ правила. Нормы, какъ изложено выше, распадаются на два разряда: чисто-императивныя (нравственныя въ тѣсномъ смыслѣ), императивно-аттрибутивныя (правовыя).

Всѣ эти правила могутъ быть какъ интуитивны въ нашемъ смыслѣ, такъ и позитивны. Слѣдуетъ различать: интуитивную и позитивную нравственность, интуитивное и позитивное право, интуитивную и позитивную эстетику и т. д.

„Нравы" и составляютъ позитивный, а именно обычный (основанный на авторитетѣ обычая) шаблонъ въ области разнаго рода правилъ поведенія: правовыхъ (обычное право), нравственныхъ (обычная мораль, „общественный катехизисъ"), эстетическихъ (напр., установленныя обычаемъ правила изящнаго поведенія, приличія, убранства жилищъ, костюмовъ), утилитарныхъ (напр., основанная на народномъ обычаѣ медицина, гигіена, педагогика: таковъ обычай, такъ насъ воспитывали и т. п.).

Отсюда видно, что классификація: право, мораль, нравы — противорѣчитъ элементарнымъ правиламъ логики о классификаціи.

Еще хуже традиціонное сопоставленіе съ этими же понятіями, въ качествѣ четвертаго члена, религіи. Ибо религія сверхъ практическихъ элементовъ (въ смыслѣ правилъ поведенія) заключаетъ въ себѣ еще и разные теоретическіе элементы („вѣра", напр., относительно существованія божества или боговъ, ихъ свойствъ, происхожденія міра, человѣка и т. д.). Что касается правилъ поведенія съ религіознымъ характеромъ, напр., правилъ поведенія по отношенію къ богамъ, то они могутъ быть: 1) чисто-утилитарныя (напр., правила лѣченія путемъ изгнанія однихъ духовъ изъ тѣла съ помощью другихъ — первобытная медицина имѣетъ религіозный характеръ и состоитъ въ умѣніи привлечь на помощь разныя божества для борьбы съ другими); 2) правовыя правила: особенно тѣ болѣе первобытныя религіи, въ которыхъ бо-

щіяся въ качествѣ таковыхъ *общимъ* взаимнымъ признаніемъ членовъ этого общежитія.

Наибольшее число сторонниковъ въ современной литературѣ имѣетъ первая теорія. Что касается теоріи общаго убѣжденія, то въ новѣйшей литературѣ она въ качествѣ опредѣленія понятія права не примѣняется. Сторонниками ея были родоначальники исторической школы (Савиньи, Пухта), да и тѣ не чужды были сознанія что понятіе «общаго убѣжденія» представляетъ столь общее и многообъемлющее понятіе (сюда, вѣдь, подходятъ не только общепризнанныя правила поведенія, но даже чисто теоретическія положе-

---

жества мало возвышаются надъ людьми, такъ что люди обращаются съ ними почти какъ съ равными себѣ, пропитаны юридическими элементами. Съ богами заключаются разнаго рода юридическія сдѣлки, имъ обѣщаются разныя жертвы за разнаго рода услуги; они даже подвергаются наказаніямъ (избіеніе идола, лишеніе его установленныхъ жертвъ—лишеніе правъ) со стороны людей въ случаѣ неисполненія того, за что они получили напередъ извѣстныя блага и т. п. Пропитаны юридическими элементами и такія сравнительно высокаго культурнаго типа религіи, какъ, напр., религіи древнихъ Грековъ и Римлянъ (ср., напр., Cic. de leg. II c. 9, 22: Deorum manium iura sancta sunto). Даже монотеизмъ не исключаетъ юридическихъ отношеній между людьми и божествомъ, напр., такіе элементы свойственны еврейской и магометанской религіи; сообразно съ этимъ, напр., въ источникахъ мусульманскаго права и религіи встрѣчаются изреченія въ родѣ: (кто такъ поступаетъ, напр., не назначаетъ надлежащихъ судей, тотъ) нарушаетъ права Бога, Магомета и всѣхъ правовѣрныхъ и т. п.; 3) нравственныя правила. Христіанская религія (напр., содержаніе Евангелія по сравненію съ Библіей) знаменуетъ переходъ отношеній на нравственную почву свободной возвышенной любви и устраненіе разныхъ элементовъ правопритязаній.

И эстетическія правила поведенія могутъ быть элементомъ религіи (напр., правила благолѣпія культа), но сверхъ того и разныя другія психическія явленія.

Современная юриспруденція, сопоставляя право съ религіей, установляетъ то различіе, что право касается только отношеній людей къ людямъ, что, какъ впослѣдствіи будетъ подробнѣе обосновано, не выдерживаетъ критики и по разнымъ другимъ основаніямъ (независимо отъ jus sacrum, отъ религіознаго права).

Вообще корнемъ и первопричиною множества затрудненій, самопротиворѣчій и т. д. въ современной теоріи права является крайняя неудачность классификаціи, изъ которой она исходитъ, какъ изъ чего-то не нуждающагося въ провѣркѣ и требующаго только выраженія въ опредѣленіи права. Особенности изложенной выше теоріи вытекаютъ, въ свою очередь, изъ особенности положенной въ основаніе классификаціи явленій человѣческой психики. Окончательное обоснованіе этой теоріи должно свестись къ обнаруженію необходимости принятія ея съ точки зрѣнія задачъ и правилъ научной классификаціи.

нія, напр., что 2.2 = 4), что видового отличія права оно не содержитъ. Поэтому они сами склонялись къ теоріи общей воли и на ряду или вмѣсто «общаго убѣжденія» примѣняли это болѣе узкое понятіе. Что касается третьей теоріи, теоріи общаго признанія, то она получила въ новѣйшее время весьма обстоятельное обоснованіе и послѣдовательное проведеніе со стороны одного изъ наиболѣе выдающихся изъ современныхъ теоретиковъ права—Бирлинга [1]), но согласія въ литературѣ не вызвала. Къ тому же и эту теорію по существу можно разсматривать, какъ одну изъ формъ теоріи общей воли, какъ это и указываетъ самъ авторъ ея [2]).

Въ виду этого особое разсмотрѣніе теоріи общаго убѣжденія и общаго признанія представляется излишнимъ, а достаточно принять ихъ во вниманіе, какъ разновидности теорій общей воли.

Что касается теоріи общей воли, то она несостоятельна во многихъ отношеніяхъ, и если она пользуется нѣкоторымъ успѣхомъ, то только благодаря одному изъ многихъ своихъ недостатковъ, а именно иносказательности и двусмысленности.

Если понимать формулу общей воли въ точномъ смыслѣ, не какъ иносказательное выраженіе, а какъ научную формулу, т. е. исходить изъ того, что по этой теоріи всякая «общая воля» (напр., и общая воля отправиться на прогулку, общая воля нѣсколькихъ лицъ совершить кражу, разбой и т. п.) есть право, а съ другой стороны всякая норма права представляетъ «общую волю» членовъ правового общенія, напр., всѣ законы даннаго государства представляютъ выраженіе согласной воли всѣхъ гражданъ, то въ обоихъ направленіяхъ получается явная несообразность и о серьезномъ обсу-

---

[1]) Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I 1877, II 1883 и Juristische Prinzipienlehre, I 1894, II 1898.

[2]) Ср. напр., Juristische Prinzipienlehre I, стр. 148 и сл. „Такъ какъ по вышеизложенному (§ 3, Nr. 5) всякая норма есть выраженіе воли, обращающейся къ волѣ другихъ, и, далѣе, правовыя нормы суть тѣ нормы, которыя взаимно признаны въ качествѣ правилъ общежитія въ опредѣленномъ кругу людей со стороны принадлежащихъ къ этому кругу—сочленовъ общенія, то съ точки зрѣнія формулировки ничего нельзя возразить противъ опредѣленія права, какъ выраженія воли общественнаго союза, или какъ общественной воли“; тамъ же стр. 155 („что касается прежде всего обычнаго права, то воззрѣніе на него... какъ на выраженіе общей воли представляется вообще единственно возможнымъ..., но къ этому же воззрѣнію приводитъ въ концѣ концовъ всякое внимательное изученіе законодательнаго права, одностороннихъ предписаній начальства или госуд. власти“) и т. д.

жденіи теоріи, понимаемой въ такомъ смыслѣ, рѣчи быть не можетъ.

Для правильнаго пониманія мысли (неясныхъ представленій), которую имѣютъ въ виду сторонники этихъ теорій, слѣдуетъ прежде всего понимать формулу ихъ въ гораздо болѣе узкомъ смыслѣ, нежели тотъ, который соотвѣтствуетъ ея общей и неопредѣленной редакціи, а именно относить сюда только то, что имѣетъ обязательное значеніе. только обязательныя правила поведенія—нормы [1]).

Далѣе, положеніе, по которому нормы права представляютъ воплощеніе *общей* воли, слѣдуетъ понимать не въ буквальномъ смыслѣ. Представители этихъ теорій, конечно, знаютъ и не отрицаютъ, что, напр., большинство дѣйствующихъ въ любомъ государствѣ законовъ не только не представляютъ продукта воли всѣхъ гражданъ, но даже большинству гражданъ вообще неизвѣстны и не были никогда извѣстны, такъ что никакой опредѣленной воли относительно соотвѣтственныхъ правилъ поведенія граждане эти не имѣютъ и не имѣли; что въ дѣйствительности въ законодательствѣ рѣшающее значеніе имѣетъ воля одного лица (напр., абсолютнаго монарха) или нѣсколькихъ, немногихъ изъ народа лицъ, причемъ обыкновенно не требуется единогласія, а достаточно большинства (подчасъ квалифицированнаго, напр., большинства $^2/_3$) голосовъ; что большинство дѣйствующихъ законовъ вообще представляютъ продуктъ не воли кого-либо изъ живущихъ въ данное время людей, а людей прежнихъ поколѣній и т. д. (въ виду этого лучше говорить объ общемъ признаніи, нежели о выраженіи общей воли, но и для «признанія» требуется во всякомъ случаѣ «знаніе»). Точно также никто изъ юристовъ не сталъ бы утверждать, что норма обычнаго права непремѣнно должна быть всѣмъ членамъ общенія извѣстна и соотвѣтствовать ихъ волѣ и исчезаетъ въ случаѣ, если кто-либо, хоть одинъ членъ общенія, выразитъ или питаетъ противоположную «волю» или не желаетъ признать обязательность нормы.

---

[1]) Мы оставляемъ при этомъ въ сторонѣ вопросъ, имѣющій значеніе не только для теоріи общей воли, но для современной теоріи права вообще, дѣйствительно ли нормы представляютъ волю (т. е. въ смыслѣ современныхъ ученій: выраженіе воли); современемъ мы убѣдимся, что выраженіе воли имѣетъ значеніе лишь для нѣкоторыхъ видовъ позитивнаго права (главнымъ образомъ законодательнаго права), но и въ этихъ случаяхъ обыденное понятіе нормы представляетъ смѣшеніе правоустановительнаго факта, т. е. внѣшняго факта, который порождаетъ въ душѣ людей нормы, убѣжденія объ обязательности извѣстнаго поведенія, съ самими нормами.

Напротивъ, какъ вообще современная наука права, такъ и сторонники теоріи «общей воли», «общаго убѣжденія», «общаго признанія» исходятъ изъ прямо противоположнаго буквальному смыслу ихъ формулъ воззрѣнія, что вообще въ правѣ личные взгляды того или иного члена правового союза, какъ таковые, не имѣютъ никакого значенія, что право существуетъ независимо отъ личныхъ желаній и убѣжденій отдѣльныхъ лицъ, хотя бы они были прямо противоположны содержанію данной общеобязательной нормы.

Каковъ же, такимъ образомъ, не буквальный, а иносказательный смыслъ понятія или представленія *общей* воли?

Вообще говоря, эта формула представляетъ не отрицаніе очевидныхъ фактовъ, а (неудачную) попытку характеристики тѣхъ же фактовъ, которые желаютъ опредѣлить и представители прочихъ теорій; факты же эти двоякаго рода:

1. Наличность массоваго правового шаблона, признаваемаго обязательнымъ для всѣхъ индивидовъ данной среды и притомъ шаблона массоваго происхожденія (обычное право, правовые обычаи).

Выраженіе «общая воля» и исполняетъ функцію отраженія соотвѣтственныхъ представленій; чѣмъ болѣе «повальнымъ» является обычай, чѣмъ дружнѣе народная масса соблюдаетъ и поддерживаетъ такой обычай, тѣмъ болѣе удачною кажется характеристика: «общая воля» («общее убѣжденіе», «общее признаніе»).

Научной точности эта характеристика никогда не достигаетъ, хотя бы уже въ виду того, что всегда найдутся такіе члены общенія, которымъ соотвѣтственная «воля» не присуща: сюда во всякомъ случаѣ относятся малолѣтнія дѣти, не знающія данныхъ обычныхъ нормъ.

Но если бы и допустить возможность такихъ обычаевъ, которые являлись бы «общею волею», то отъ этого никакой пользы для теоріи «общей воли» нѣтъ, ибо ей нужно захватить въ свои рамки не какіе-либо исключительные случаи, а всякіе обычаи, которые она называетъ правовыми; но еще хуже то, что ей нужно исключить изъ своихъ рамокъ «народные нравы», такіе народные обычаи, которыхъ юриспруденція къ правовымъ не относитъ. Между тѣмъ формула «общей воли» въ совершенно одинаковой степени годна (или негодна) для изображенія всякаго «повальнаго обычая», будетъ ли онъ правовой или не правовой. И при томъ теорія эта не исключаетъ (вопреки желаніямъ авторовъ) не только тѣхъ «нравовъ»,

которые мы съ точки зрѣнія нашего болѣе широкаго понятія права относимъ къ правовымъ обычаямъ, но и тѣхъ, которые и съ нашей точки зрѣнія представляютъ позитивныя правила поведенія не правового типа (напр., тѣ обычаи гостепріимства, которые не имѣютъ аттрибутивной силы, обычаи соблюденія женскаго цѣломудрія, разныя правила поведенія, охраняющія дѣвушекъ отъ возможныхъ искушеній и т. п., поскольку эти обычаи имѣютъ чисто императивный характеръ, не создаютъ для другихъ притязанія на соблюденіе цѣломудрія или этихъ охранительныхъ правилъ и т. п.).

2. Далѣе, въ области права замѣчается еще фактъ иного рода. По мѣрѣ развитія законодательства создается иного рода общій шаблонъ, признаваемый обязательнымъ для всѣхъ членовъ правового союза (напр., всѣхъ подданныхъ государства). Законодательныя нормы тѣмъ менѣе противорѣчатъ характеристикѣ «общая воля», чѣмъ бóльшая часть народонаселенія принимаетъ участіе въ законодательствѣ. Но обыкновенно эта часть составляетъ незначительную долю народонаселенія, подчасъ рѣшаетъ воля одного лица. Но тутъ помогаетъ обычная у юристовъ фикція, состоящая въ признаніи воли извѣстныхъ лицъ въ государствѣ какъ бы волею всей совокупности гражданъ. Органы законодательства являются представителями всей совокупности, дѣйствуютъ отъ ея имени и т. д., выражаютъ «общую волю».

Поскольку формула «общей воли» отражаетъ эту фикцію, она, очевидно, получаетъ характеръ офиціальной теоріи (только испорченной принятіемъ фикціи за дѣйствительность), и къ ней относится все то, что мы сказали выше объ офиціальныхъ теоріяхъ. Такъ, напр., для провѣрки, есть ли данное правило «общая воля» въ этомъ смыслѣ, т. е. норма права, надо было бы провѣрить: установлено ли оно тѣмъ лицомъ или тѣми лицами, которымъ принадлежитъ въ данномъ государствѣ роль выразителя «общей воли», т. е. право (x) законодательства, выражена ли эта воля въ надлежащей (т. е. предписанной правомъ — x) формѣ, безъ соблюденія коей она не имѣетъ силы «общей воли» и т. п., а для этого всего надо знать государственное право данной страны, напр., ея конституцію, вообще т. н. основные законы, опредѣляющіе, кому принадлежитъ законодательная власть, въ какомъ порядкѣ она осуществляется и т. д.

И вотъ нѣкоторая популярность формулы «общей воли» объяс-

няется тѣмъ, что это выраженіе — омонимъ, имѣетъ два смысла съ тождественнымъ изображеніемъ, допускаетъ игру словъ и подмѣнъ понятій и представленій (конечно, не умышленный).

Это весьма краснорѣчивый симптомъ бѣдственнаго положенія нашей науки:

Если бы можно было съ научной точки зрѣнія охарактеризовать массовый обычай, какъ общую волю, то это все-таки не давало бы опредѣленія этого вида права, отличія его отъ иныхъ обычаевъ; но вообще обычаи, въ томъ числѣ правовые, ненаучно называть общей волей.

Если бы можно было съ научной точки зрѣнія назвать госуд. законы «общею волей», то это все-таки не давало бы опредѣленія даже офиціальнаго права. Но видѣть въ законахъ общую волю само по себѣ ненаучно.

Ненаучный каламбуръ представляетъ въ существѣ дѣла вся теорія, поскольку она обѣ эти многократно ненаучныя формулы съ различнымъ смысломъ соединяетъ во едино вслѣдствіе тождества изображенія, т. сказать говоритъ на двое: понимай, какъ знаешь; гдѣ не подходитъ одинъ смыслъ, можно прибѣгнуть къ другому. Конечно, подобныхъ сознательныхъ мыслей не проводится и такихъ указаній не дѣлается. Не указывается также рѣшенія въ смыслѣ этой теоріи на тотъ случай, если есть налицо какъ общая воля въ первомъ смыслѣ, такъ и общая воля во второмъ смыслѣ, но по содержанію онѣ расходятся или даже прямо противоположны (что вполнѣ возможно и естественно въ виду того, что ни та, ни другая «воля» на самомъ дѣлѣ не есть «общая», что дѣло идетъ вообще о нормахъ, различными путями образующихся и отъ различныхъ общественныхъ элементовъ исходящихъ). Какъ быть въ томъ случаѣ, если обычное право на извѣстный юридическій вопросъ отвѣчаетъ: да!, а законъ: нѣтъ! Если и то «общая воля», и то «общая воля», то всѣ, стало быть, и въ пользу да, и въ пользу нѣтъ, одновременно и желаютъ, и не желаютъ.

Формула, по которой право есть общая воля, обыкновенно повторяется теперь въ видѣ лаконическаго утвержденія, не только безъ обоснованія правильности такого понятія права, но и безъ поясненій, что такое общая воля; и именно въ такомъ загадочномъ видѣ она и пользуется въ наукѣ нѣкоторымъ успѣхомъ, которому содѣйствуетъ

и то обстоятельство, что она не была до сихъ поръ подвергнута надлежащему критическому разбору [1]).

Напротивъ, тѣ разновидности теоріи общей воли, которыя представляютъ болѣе ясную и опредѣленную систему положеній, въ ка-

---

[1]) Къ наиболѣе выдающимся послѣдователямъ этой теоріи относится, между прочимъ, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878. Начинается это весьма знаменитое и цѣнное вообще сочиненіе слѣд. словами (стр. 1):

„Со времени Гегеля (Hegel. Philosophie des Rechts § 82 Zusatz) право въ объективномъ смыслѣ обыкновенно опредѣляютъ, какъ общую волю. И въ самомъ дѣлѣ такая характеристика является „наиболѣе подходящимъ и краткимъ формальнымъ опредѣленіемъ существа права“ (слова Іеринга, взятыя изъ его Geist des römischen Rechts III § 60, 3 Aufl. S. 318). Выражается ли право извѣстнаго общественнаго союза (einer Gemeinschaft), главнымъ образомъ государства, въ законахъ или въ жизни общества, всегда оно выражаетъ общественную волю, притомъ эта воля общественнаго союза обращается въ свою очередь къ волѣ отдѣльныхъ индивидовъ“.

Никакого дальнѣйшаго обоснованія положенія, что право есть *общая* воля авторъ не даетъ. Онъ и не выясняетъ, въ какомъ смыслѣ онъ считаетъ эту волю „общей“. Мало того, онъ, заимствуя, повидимому, теорію Гегеля со ссылкою на Іеринга, одобряющаго формулу Гегеля, отказывается пояснить, такъ ли онъ разумѣетъ понятіе общей воли, какъ Гегель (у котораго, между прочимъ, это понятіе имѣло особый метафизическій смыслъ). Такъ, въ примѣчаніи къ словамъ „Со времени Гегеля“ онъ замѣчаетъ: „Я, впрочемъ, оставляю въ сторонѣ вопросъ, дѣйствительно ли „общая воля“ Гегеля является волей общенія“. Только въ примѣчаніи по поводу упоминанія въ текстѣ понятія закона онъ поясняетъ, что въ законѣ выражается „воля тѣхъ лицъ, чья воля (образованная и обнародованная въ извѣстной формѣ) по праву даннаго государства должна признаваться волею этого государства“. Это примѣчаніе не выясняетъ вовсе, въ какомъ смыслѣ та воля, которая „выражается въ жизни общества“ (слѣдуетъ разумѣть обычное право) есть тоже „общая воля“. Но изъ него видно во всякомъ случаѣ, что авторъ не замѣчаетъ многократной ссылки на *x*, поскольку онъ относитъ формулу и къ законамъ и поясняетъ, въ какомъ смыслѣ, а равно, что онъ не видитъ двусмысленности своей формулы.

Столь же неясны и двусмысленны замѣчанія Іеринга (l. c.), который приписываетъ Гегелю ту заслугу, что онъ выдвинулъ элементъ воли въ правѣ, одобряетъ съ формальной точки зрѣнія формулу „общая воля“ и по этому поводу замѣчаетъ:

„Ибо существо права, каковы бы ни были его задачи, цѣли, содержаніе, состоитъ въ осуществленіи, а для этого необходима власть (сила, Macht—тоже омонимъ), а органомъ и носителемъ власти (силы) является воля. Только послѣдняя превращаетъ правовыя идеи—законодателя въ законѣ, народа въ обычномъ правѣ—въ нормы права“...

Еще лаконичнѣе замѣчанія Дернбурга (наиболѣе авторитетнаго изъ современныхъ цивилистовъ), который начинаетъ свое общее ученіе о правѣ (Pandekten I § 19) положеніемъ: Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille (право въ объективномъ смыслѣ есть общая воля), вовсе не поясняя

чествѣ теорій права сданы въ научный архивъ или остаются чисто индивидуальными системами безъ послѣдователей, ибо всякій свѣтъ здѣсь вреденъ, всякое болѣе подробное разъясненіе смысла теоріи обнаруживаетъ ея произвольность.

Такою большею ясностью, но вмѣстѣ съ тѣмъ и болѣе явною произвольностью отличаются и упомянутыя выше двѣ разновидно-

---

своего воззрѣнія на понятіе общей воли и ограничиваясь только въ дальнѣйшемъ изложеніи добавленіемъ къ этой формулѣ для полученія опредѣленія, обнимающаго и „формальную", и „матеріальную" точку зрѣнія, указаніемъ на то, что право упорядочиваетъ житейскія отношенія. Его опредѣленіе гласитъ: „Право есть поддерживаемый общею волей порядокъ житейскихъ отношеній" (объ этомъ второмъ—„матеріальномъ" элементѣ этого опредѣленія, ср. слѣд. §).

Съ исторической точки зрѣнія отмѣтимъ, что родоначальникомъ теоріи общей воли является не Гегель, какъ ошибочно полагаетъ Іерингъ, а за нимъ и нѣкоторые другіе теоретики права (и не Руссо, котораго на ряду съ Гегелемъ цитируетъ въ примѣчаніи Дернбургъ). Это весьма древняя теорія, имѣющая за собою весьма длинную исторію и возвращающаяся на самыхъ различныхъ ступеняхъ развитія науки права. Извѣстна она уже была, между прочимъ, древнимъ римскимъ юристамъ. Ничто иное, какъ представленія этой теоріи, лежатъ въ основаніи разныхъ изреченій римскихъ юристовъ о законахъ и обычномъ правѣ. (Ср., напр., изреченіе Папиніана въ Дигестахъ fr. 1. de legibus... et longa consuetudine 1,3: „Lex est commune praeceptum... communis rei publicae sponsio; Юліанъ, тамъ же fr. 32: nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacitu consensu omnium per desuetudinem abrogentur; какъ законъ, такъ и обычное право римскіе юристы считаютъ выраженіемъ общей воли, общаго согласія, примѣняя, какъ это дѣлается часто и теперь, какъ равнозначащія понятія: „воля народа", „воля общенія" и т. п.).

Теорія эта, какъ основанная на авторитетѣ римскихъ юристовъ, продолжала повторяться и послѣ-римскими легистами. Новую почву и силу и самостоятельный характеръ она получила въ эпоху господства школы естественнаго права. Ничто иное какъ воплощеніе тѣхъ же воззрѣній представляютъ разныя теоріи общественнаго „договора", „договорнаго происхожденія" государства и т. п. Эти естественно-правовыя системы имѣли главнымъ образомъ въ виду построеніе (раціональнаго, идеальнаго) государственнаго права, онѣ не придавали самостоятельнаго значенія обычному праву (сводя его дѣйствіе къ волѣ и согласію законодателя) или совсѣмъ его игнорировали и поэтому имѣли обыкновенно характеръ односторонне офиціальныхъ теорій (объ отношеніи нашей теоріи къ воззрѣніямъ школы естественнаго права будетъ рѣчь подробнѣе въ ученіи о видахъ права).

Опять ничто иное какъ особую варіацію теоріи общей воли представляетъ ученіе родоначальниковъ исторической школы. Въ виду большого и само-

сти теоріи общей воли, а именно теорія общаго убѣжденія Савиньи и Пухты и теорія общаго признанія Бирлинга.

У Савиньи и Пухты понятіе общей воли или общаго убѣжденія имѣетъ особый мистическій характеръ проявленія жизни національнаго духа, какъ чего-то отличнаго отъ «духа» отдѣльныхъ индивидовъ и ихъ совокупности или взаимодѣйствія [1]). Въ этомъ отношеніи право, по

стоятельнаго значенія, которое историческая школа приписываетъ обычному праву, теорія общей воли лишается здѣсь характера чисто-официальной теоріи и даже центръ тяжести переходитъ къ только-позитивному праву.

Теперь, какъ мы видѣли, формула общей воли повторяется обыкновенно въ неясномъ и неопредѣленномъ смыслѣ. На ряду съ этимъ возрождается теорія общей воли, какъ чисто-официальная теорія, что соотвѣтствуетъ замѣчающейся въ новое время реакціи къ тѣмъ взглядамъ на обычное право, какіе существовали до исторической школы, а именно, какъ на право, дѣйствующее въ силу и по мѣрѣ согласія государства; ср., напр., B. Schmidt, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens. 1899.

Такимъ образомъ возведеніе Гегеля или кого бы то ни было изъ писателей новаго времени въ перваго автора и изобрѣтателя теоріи общей воли — весьма крупное недоразумѣніе: эта теорія — постоянный спутникъ юриспруденціи съ древнихъ временъ по сей день. И это явленіе психологически вполнѣ понятно. Эта теорія годна для самыхъ разнообразныхъ функцій. Какую функцію теоретическую она теперь исполняетъ, выяснено въ текстѣ. Иныя, гораздо болѣе серіозныя функціи она исполняла въ прежнее время, а именно важныя политическія функціи. Весьма характерно при томъ, что она и въ области политики права имѣла два смысла и сыграла двѣ роли и притомъ прямо противоположныя. Напр., у Гоббеса это — формула и обоснованіе радикальнаго абсолютизма государственной власти, у Руссо — формула радикальнаго либерализма. Въ contrat social Руссо это революціонная формула, у Савиньи и Пухты — обоснованіе консерватизма. Руссо имѣлъ въ виду найти такую формулу правленія, при которой „каждый повиновался бы только себѣ", n'obéisse pourtant qu'à lui même, а законы были бы выраженіемъ общей воли (volonté générale). Историческая школа видитъ въ дѣйствующемъ правѣ выраженіе „общей воли" и этимъ обосновываетъ его обязательность и неприкосновенность.

Формула эта годна для весьма „реалистической" теоріи права, выводящей право изъ личнаго эгоизма (напр., Гоббесъ), она способна быть костюмомъ и разныхъ метафизическихъ системъ (Гегель) или мистическаго и романтическаго историзма (народный духъ, какъ особое существо — историческая школа ср. ниже).

[1]) Ср. также теперь Gierke, Deutsches Privatrecht, I 1895 г., стр. 119: „Право есть выраженное убѣжденіе общенія (einer Gemeinschaft)... источникомъ права является общій духъ, который въ качествѣ единой силы дѣйствуетъ въ общеніи, какъ въ живомъ цѣломъ, и проявляется въ индивидахъ, какъ органахъ этого цѣлаго. Право коренится слѣдовательно въ общемъ убѣжденіи и въ сопровождающей его общей волѣ...".

воззрѣніямъ этихъ ученыхъ, не отличается отъ языка, религіи, народныхъ «нравовъ» и т. п. Непосредственное проявленіе права, какъ элемента народнаго духа, представляетъ обычное право, народные правовые обычаи [1]). Но какъ быть съ законами, которое могутъ быть продуктомъ и индивидуальной мысли, даже одного индивида, мнѣніе же и воля индивидовъ по этой теоріи отличается и даже можетъ быть противоположна «общему убѣжденію?» [2]).

На это Савиньи и Пухта отвѣчаютъ, что законодателя слѣдуетъ разсматривать, какъ «представителя» народнаго духа [3]). А если этотъ представитель не хочетъ или не умѣетъ быть выразителемъ убѣжденій народнаго духа? Этотъ вопросъ предусматриваетъ и рѣшаетъ Пухта слѣд. образомъ [4]):

Законодатель долженъ стараться избѣгать этого. Для затрудненія противорѣчій закона съ національными убѣжденіями создаются разныя учрежденія, обезпечивающія предварительныя совѣщанія и соглашенія съ членами народа. Если тѣмъ не менѣе законъ расходится съ народнымъ убѣжденіемъ, то по практическимъ соображеніямъ необходимо признавать за нимъ силу права и общей воли. Допущеніе возможности провѣрки дѣйствительнаго согласія закона съ народной волей предполагало бы существованіе высшей власти съ законодательнымъ значеніемъ, но и по отношенію къ органамъ этой власти возникъ бы вопросъ о согласіи ихъ дѣйствій съ народной волей. Посему предписанія закона, «изданныя въ надлежащемъ порядкѣ, имѣютъ силу права и дѣйствуютъ въ качествѣ общей воли

---

1) Отличія обычнаго права отъ нравовъ Савиньи и Пухта не указываютъ. Такого указанія нельзя, конечно, видѣть въ кажущемся опредѣленіи права, которое предлагаетъ Пухта въ своемъ курсѣ Пандектовъ (Pandekten § 10): „Право есть общее убѣжденіе находящихся въ правовомъ общеніи" (Das Recht ist eine gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden). Ибо, независимо отъ явной definitio per idem, заключающейся въ этомъ опредѣленіи, эта формула не даетъ никакихъ данныхъ для отличенія права отъ „нравовъ", существующихъ въ данномъ общественномъ союзѣ.

2) Ср., напр., Савиньи, System des heutigen römischen Rechts. I. S. 24:

„Право существуетъ въ общемъ народномъ духѣ, и стало быть въ общей волѣ, которая постольку является и волею каждаго отдѣльнаго индивида. Но индивидъ въ силу своей свободы можетъ въ томъ, что онъ думаетъ и хочетъ для себя, направиться противъ того, что онъ думаетъ и чего онъ желаетъ какъ членъ цѣлаго".

3) Ср., напр., Savigny l. c. 39, Puchta l. c.

4) Puchta, Kursus der Institutionen § 14.

не вслѣдствіе своего содержанія, а вслѣдствіе формы своего выраженія».

Эти поясненія, не спасая, а, напротивъ, разрушая теорію *общей* воли (ибо и частная воля по практической необходимости является правомъ), обнаруживаютъ только, что и въ формулѣ этой теоріи содержится двусмысленность; при этомъ два смысла выраженій «общее убѣжденіе», «общая воля» выступаютъ здѣсь въ весьма своеобразномъ соединеніи; начинается теорія въ видѣ теоріи только позитивнаго права, а кончается въ видѣ теоріи офиціальнаго права (съ неизбѣжными definitiones per idem: ссылка на нормы государственнаго права о законодательной власти, порядкѣ ея осуществленія, и т. д.) [1]).

Наиболѣе обстоятельно развитую разновидность теоріи общей воли представляетъ теорія Бирлинга. Поэтому въ ней особено много явно произвольныхъ утвержденій, явныхъ фикцій и т. п. Онъ, между прочимъ, стремится обосновать положеніе, что нормы права даннаго общественнаго союза въ самомъ дѣлѣ признаются всѣми членами этого союза; для этой цѣли ему приходится не только утверждать существованіе несуществующаго, но и отрицать дѣйствительность существующаго. Такъ, наличность признанія нормъ онъ видитъ и тамъ, гдѣ его на самомъ дѣлѣ нѣтъ, но съ точки зрѣнія логики, послѣдовательнаго поведенія со стороны даннаго субъекта, оно должно было бы быть налицо. Такъ, напр., человѣкъ, который признаетъ законодательную власть, существующую въ данной странѣ, нарушилъ бы логическую послѣдовательность, если бы онъ не призналъ какого либо закона, исходящаго отъ этой власти (подразумѣвается: изданнаго въ надлежащемъ порядкѣ, вообще всѣ нужные иксы); равнымъ образомъ, кто ссылается въ свою пользу на какой либо спеціальный законъ данной страны, долженъ считаться признавшимъ кос-

---

[1]) Еще и другимъ путемъ теорія Савиньи и Пухты сводится въ концѣ концовъ къ теоріи офиціальнаго права. А именно подъ словомъ „народъ" скрывается въ этой теоріи понятіе государства (въ случаѣ принятія признака національности въ собственномъ смыслѣ получились бы явно несообразныя послѣдствія, напр., что для подданныхъ различныхъ государствъ, если они относятся къ одной и той же національности, существуетъ одно и то же право). Ср., напр., Savigny l. c. стр. 23. „Всякій народъ, какъ таковой, является вмѣстѣ съ тѣмъ государствомъ" и т. п.

венно (въ силу логической послѣдовательности) право данной страны и противъ себя и т. п. [1]).

Что такое «косвенное признаніе» не есть па самомъ дѣлѣ признаніе («истинное реальное признаніе»), и что «реальное признаніе» здѣсь замѣняется «связанностью нормально организованнаго духа логическимъ отношеніемъ посылки и вывода» (это, въ свою очередь, положеніе, выражающее не что-то неизмѣнно происходящее въ дѣйствительности, а только то, что было бы въ томъ случаѣ, если бы всѣ соблюдали въ поведеніи правила логической послѣдовательности)—это указываетъ самъ авторъ [2]).

Слѣдуетъ, между прочимъ, отмѣтить, что эта, конечно, не умышленная софистика со ссылкою на логику и послѣдовательное мышленіе и поведеніе тоже не новость въ исторіи нашей науки; она примѣнялась и въ прежніе вѣка послѣдователями теоріи общей воли [3]).

---

[1]) Ср. его соч. Zur Kritik der jur. Grundbegriffe I стр. 217 и сл. прим.: „sobald sich der Fremde seinerseits auf Landesrecht beruft... mit diesem Moment erkennt er auch dasselbe zweifellos an“ (разумѣется, и противъ себя).

[2]) Ср., напр., его juristische Principienlehre I стр. 108, ср. тамъ же стр. 49 и passim; ср. Zur Kritik... II стр. 203, гдѣ онъ ссылается на „добросовѣстность“: „въ логической необходимости признать извѣстную обязанность для того, кто не желаетъ одновременно отвергнуть всю систему правъ и обязанностей, заключается такое принужденіе, которое для всякаго добросовѣстнаго человѣка имѣетъ большій вѣсъ, нежели всякій другой принудительный механизмъ“; ср. тамъ же стр. 293 и сл., стр. 304 („существо правонарушенія состоитъ въ противорѣчіи между косвеннымъ признаніемъ извѣстной нормы права и противоположною ему эмпирическою волею“; такъ какъ авторъ и „признаніе“ считаетъ волею. а „общее признаніе“ „общею волею“ и притомъ волею всѣхъ, то получается выводъ, что правонарушеніе является волею даннаго субъекта, противоположнаго его же волѣ и т. п.).

[3]) Ср., напр., Hobbes, Elementa philosophica de cive, c. XII: „безъ собственнаго согласія и договора каждаго гражданина, прямо или косвенно выраженнаго, никому не можетъ быть предоставлено право законодательства. Прямое согласіе имѣется въ томъ случаѣ, если граждане впервые установляютъ между собою форму правленія государства или соглашаются подчиняться чьей либо верховной власти; косвенное согласіе имѣется налицо въ томъ случаѣ, если они прибѣгаютъ для охраны и защиты своихъ интересовъ противъ другихъ къ верховной власти или законамъ кого либо. Ибо, требуя отъ другихъ гражданъ для нашего блага повиновенія какой либо власти, мы тѣмъ самымъ признаемъ, что это власть законная“ и т. д.

Отсюда, между прочимъ, видно, что понятіе „договора“ естественно-правовыхъ системъ слѣдуетъ разумѣть cum grano salis. Оно достаточно растяжимо, чтобы совпадать съ общею волею или общимъ признаніемъ современной теоріи, слова „договоръ“ избѣгающей.

Но, далѣе, если предположить, что по крайней мѣрѣ всѣ взрослые и психически здоровые люди пойманы въ сѣти этой аргументаціи, то возникаетъ вопросъ, какъ быть съ дѣтьми, умалишенными и т. п.? Бирлингъ, съ точки зрѣнія своей теоріи, не безъ остроумія и послѣдовательности рѣшается на исключеніе ихъ изъ числа «всѣхъ», т. е. не признаетъ ихъ членами общенія, субъектами правъ и обязанностей. Для этого онъ вмѣсто предложенія новой фикціи съ своей стороны утверждаетъ, что они только фиктивные члены правового общенія, фиктивные субъекты правъ, т. е. упрекаетъ юриспруденцію и вообще «всѣхъ», что они по недоразумѣнію считаютъ этихъ лицъ субъектами правъ, подданными и т. д. [1]).

При всѣхъ этихъ и т. п. особыхъ странностяхъ теорія эта не избѣгаетъ и общихъ недостатковъ теорій только-позитивнаго права, т. е. она не въ состояніи установить критерій для различенія нормъ права отъ другихъ «общепризнанныхъ» въ данной средѣ правилъ поведенія, а равно и общихъ недостатковъ теорій офиціальнаго права (definitiones per idem), а равно и того противорѣчія, которое свойственно теоріямъ, въ единой по внѣшнему виду формулѣ общей воли совмѣщающимъ двѣ различныя (на самомъ дѣлѣ не общія) «воли», и которое обнаруживается въ случаѣ противорѣчія между обычаемъ и закономъ.

Въ заключеніе замѣтимъ, что нѣкоторые новые писатели, вмѣсто формулы «общей» воли, примѣняютъ выраженія «воля общенія», воля общественнаго союза, правила, установленныя общественнымъ союзомъ и т. п., т. е. вмѣсто «всѣхъ» выдвигаютъ понятіе извѣстной коллективной единицы [2]). Это—чисто редакціонное улучшеніе, поскольку и большинство сторонниковъ формулы «общей воли» разумѣетъ это выраженіе не въ буквальномъ—воля всѣхъ и каждаго,—а въ болѣе неопредѣленномъ смыслѣ. Въ прочихъ отношеніяхъ все сказанное выше о формулѣ «общей воли» относится и къ теоріи «воли общественнаго союза», воли общенія и т. п.

---

[1]) Ср. Principienlehre I § 17 и passim.

[2]) Ср. напр., Merkel въ Гольцендорфа Encykl. der Rechtswissenschaft 1890, стр. 5, § 1; Regelsberger, Pandekten. 1893. § 9; Gierke, Deutsches Privatrecht I. 1895, § 15.

III. § 11. Опредѣленія права съ точки зрѣнія цѣли (и содержанія) [illegible] юр. нормъ.

Весьма многочисленныя и разнообразныя опредѣленія права исходятъ изъ слѣдующихъ точекъ зрѣнія: 1) содержанія велѣній права, 2) разумной цѣли, задачи права въ жизни человѣческой, 3) цѣлей, преслѣдуемыхъ правосоздателями, 4) практическаго значенія нормъ права въ жизни человѣческой.

При этомъ эти различныя точки зрѣнія не всегда ясно различаются авторами и защитниками соотвѣтственныхъ теорій, такъ что по предложеннымъ ими формуламъ опредѣленія права не всегда можно различить, какую изъ различныхъ перечисленныхъ выше точекъ зрѣнія они имѣютъ въ виду, а по другимъ даннымъ ихъ изложенія видно, что они, сами того не замѣчая, переходятъ съ одной точки зрѣнія на другую и постоянно смѣшиваютъ ихъ.

Къ этой категоріи опредѣленій относятся, напр., теоріи, видящія существо права въ томъ, что оно является порядкомъ мира, нормами мирнаго общежитія, нормами свободы, обезпеченіемъ условій существованія общества, условіемъ гармоническаго развитія личности, осуществленія жизненныхъ благъ, охраною интересовъ, разграниченіемъ интересовъ и т. п.

Но, каково бы ни было содержаніе отдѣльныхъ формулъ этого рода и какая бы изъ перечисленныхъ выше точекъ зрѣнія ни лежала бы въ ихъ основаніи, всѣ онѣ напередъ должны быть отвергнуты по слѣдующимъ общимъ соображеніямъ:

1. Съ точки зрѣнія содержанія юридическихъ правилъ (предписываемаго ими поведенія) ихъ нельзя отличить отъ правилъ иныхъ категорій, напр., правилъ морали, эстетики (напр., правилъ приличія), правилъ техники, политики, гигіены (вообще правилъ цѣлесообразности) и т. п.—просто потому, что въ разныхъ областяхъ не обязательныхъ и обязательныхъ, но не юридическихъ правилъ, которыми руководствуются люди, встрѣчаются правила, по содержанію своему вполнѣ тождественныя съ юридическими нормами.

Напр., извѣстныя правила раціональнаго лѣсного хозяйства, охоты, гигіены, педагогики, не составляющія вообще нормъ, обязательныхъ императивовъ, а только содержащія указанія цѣлесообразныхъ пріемовъ, годныхъ для достиженія извѣстной цѣли, могутъ быть возве-

дены и часто возводятся въ официальныя нормы права, такъ что государство получаетъ притязаніе на то, чтобы граждане ихъ исполняли. Тѣ правила, напр., относительно одежды, ношенія бородъ, косъ и т. п., которыя у однихъ народовъ являются дѣломъ моды, приличія (общественной эстетики), у другихъ являются въ то же время религіозными предписаніями не правового типа или у этихъ же или другихъ народовъ и нормами права. Правило «пріюти странника» можетъ быть и нравственною и юридическою нормою.

Вообще нельзя себѣ представлять дѣло такъ, будто въ обществѣ существуютъ раздѣленныя по содержанію группы правилъ, своего рода отдѣльные ящики рецептовъ, и что человѣку, желающему узнать, какъ ему въ данномъ случаѣ нужно себя вести, приходится обращаться въ различныхъ случахъ жизни къ этимъ различнымъ рецептамъ, въ случаѣ a къ праву, въ случаѣ b къ морали, въ случаѣ c къ правиламъ приличія, въ случаѣ d къ правиламъ цѣлесообразности, причемъ мораль не рѣшаетъ тѣхъ вопросовъ, которые рѣшаются правилами приличія, право не содержитъ тѣхъ правилъ, которыя предписываются нравственностью и т. д. Напротивъ, весьма много правилъ поведенія одинаково предписываются какъ правомъ, такъ и нравственностью и т. д. Сообразно съ этимъ одинъ и тотъ же поступокъ можетъ быть и нецѣлесообразнымъ, и безнравственнымъ, и неприличнымъ, и правонарушеніемъ. Иными словами, одно и то же по содержанію своему правило поведенія можетъ намъ представляться нормою права или нормою иного порядка, или правиломъ цѣлесообразности. Если купецъ правильно показываетъ вѣсъ или мѣру продаваемаго товара, имѣя въ виду исключительно то обстоятельство, что въ противномъ случаѣ его торговля упадетъ и онъ будетъ имѣть меньшіе барыши, то онъ руководствуется вообще не нормою, не сознаніемъ обязательности такого поведенія, а просто своими эгоистическими интересами, такимъ правиломъ, которое является цѣлесообразнымъ средствомъ для полученія торговаго барыша. Если онъ, независимо отъ мысли о возможномъ вредѣ для своей торговли, признаетъ обманъ зломъ, дурнымъ поведеніемъ, самимъ по себѣ, признаетъ своею обязанностью во всѣхъ обстоятельствахъ жизни дѣйствовать правдиво, ибо правда есть добро, а обманъ зло самъ по себѣ, то его поведеніе имѣетъ нравственный характеръ, въ его сознаніи дѣйствуетъ нравственная норма. Если, наконецъ, въ его сознаніи дѣйствуетъ убѣжденіе, что покупателю, уплатившему усло-

вленную плату, принадлежитъ притязаніе на все условленное количество товара, что ему по справедливости слѣдуетъ получить не $4^1/_2$, а всѣ пять аршинъ, что обсчетъ нарушилъ бы пріобрѣтенное покупателемъ право и т. п., то мы имѣемъ налицо юридическое явленіе, норму права; или у одного и того же лица одно и то же по содержанію правило можетъ въ теченіе нѣсколькихъ секундъ появиться въ сознаніи какъ въ качествѣ правила цѣлесообразности, такъ и въ качествѣ нормы нравственности или права.

Поэтому не только всѣмъ сдѣланнымъ уже попыткамъ опредѣлить существо права и разграничить право и нравственность и т. п. по содержанію предписаній, но и всѣмъ возможнымъ будущимъ попыткамъ этого рода можно съ увѣренностью предсказать полную неудачу.

Невозможность отличить право отъ другихъ сродныхъ явленій по содержанію въ новое время сознается, впрочемъ, почти всѣми теоретиками права, и если въ разныя опредѣленія права попадаютъ и теперь ссылки на особое содержаніе нормъ права или на наличность въ области права нормъ извѣстнаго содержанія, то это обыкновенно объясняется тѣмъ, что авторы не замѣчаютъ и не сознаютъ такого характера этихъ ссылокъ [1]).

2. Что касается опредѣленій, имѣющихъ въ виду цѣль права въ смыслѣ разумной задачи, которая должна быть рѣшена правомъ,

---

[1]) Сюда относится, напр., теорія Штамлера (Stammler, Wirthschaft und Recht. 1896 г.), который право отъ нравовъ (онъ называетъ ихъ Konventionalregeln, ср. стр. 134) предлагаетъ отличать по слѣд. признаку (стр. 129 и сл.):

„Право является принудительнымъ правиломъ, конвенціональныя правила гипотетическими (выраженіе „принудительное правило“, Zwangsregel примѣнено здѣсь неточно; авторъ самъ подвергаетъ отрицательной, хотя и не вполнѣ правильной, критикѣ теорію принужденія, стр. 131 и сл.; правильнѣе было бы понятію гипотетическихъ правилъ противопоставить понятіе категорическихъ правилъ). Право желаетъ съ формальной точки зрѣнія господствовать надъ индивидомъ въ качествѣ принудительнаго (категорическаго) предписанія. Оно желаетъ повелѣвать независимо отъ согласія подчиненнаго праву, поэтому въ согласіи отнюдь нельзя видѣть основанія обязательной силы правопорядка. Предписанія права опредѣляютъ, кто имъ подчиненъ, при какихъ условіяхъ кто-либо поступаетъ въ правовой союзъ, когда онъ можетъ его оставить.... Конвенціональное правило дѣйствуетъ по смыслу своему только въ силу согласія подчиненнаго, можетъ быть, косвенно выраженнаго (молчаливаго) согласія, какъ это обыкновенно и бываетъ въ нашихъ общественныхъ отношеніяхъ, но всегда въ силу особаго согласія. Когда таковаго нѣтъ на лицо и прежде подчинявшійся желаетъ уйти, онъ это всегда можетъ сдѣлать: осно-

идеала, къ которому мы въ области права должны стремиться и т. п., то соотвѣтственныя формулы только по внѣшнему виду своему представляются попытками рѣшить теоретическую проблему, опредѣлить существо права, каково оно есть. Какъ видно изъ сказаннаго въ первыхъ лекціяхъ о теоріи и политикѣ права, эти формулы несомнѣнно должны быть отнесены къ политикѣ, а не къ теоріи права. Должно ли право быть направляемо къ достиженію свободы, равенства, мира или иныхъ идеальныхъ благъ и разумныхъ задачъ, проблемы весьма важныя и интересныя, но рѣшенія этихъ проблемъ политики права нельзя принимать за рѣшеніе теоретической задачи — установленія общихъ и существенныхъ признаковъ правовыхъ явленій, независимо отъ того, соотвѣтствуютъ ли они тому, чего желательно достигнуть

ваніе обязательной силы конвенціональнаго правила состоитъ въ добровольномъ согласіи и подчиненіи.... напр., кто не кланяется, тотъ не получаетъ взаимнаго поклона, кто не желаетъ дать удовлетворенія (принять вызовъ на поединокъ), тотъ исключается изъ дѣйствія кодекса чести" (напротивъ, правопорядокъ самъ опредѣляетъ, кто и при какихъ условіяхъ можетъ оставить подданство, и не допускаетъ самовольнаго ухода (стр. 131 и сл.).

Здѣсь смѣшеніе различныхъ понятій: категоричности и гипотетичности правилъ, съ одной стороны, основанія обязательности, съ другой, санкціи — послѣдствій нарушенія, съ третьей, а выше еще авторъ характеризуетъ свою теорію какъ дѣленіе нормъ по „смыслу ихъ притязанія на исполненіе".

Но подъ этою неясною формулировкою скрывается ничто иное, какъ ссылка на наличность нормъ извѣстнаго содержанія въ правѣ и отсутствіе этого рода правилъ въ области нравовъ (ср. въ особенности стр. 133), причемъ дѣло идетъ о правилахъ различнаго содержанія, но отнюдь не такого, которое бы, какъ полагаетъ Штамлеръ, встрѣчалось только въ одной изъ различаемыхъ имъ областей правилъ поведенія. Такъ, Штамлеръ выставляетъ, какъ особенность права, что оно опредѣляетъ, кто ему подчиненъ, нормируетъ условія вступленія въ правовой союзъ и оставленія его (главнымъ образомъ или исключительно онъ имѣетъ въ виду правила пріобрѣтенія и оставленія подданства). Но несомнѣнно множество правилъ совершенно однороднаго содержанія существуетъ и въ области „конвенціональныхъ правилъ" въ его смыслѣ. Разные общественные кружки, напр., кругъ высшаго общества даннаго города и т. п., соблюдаютъ разныя, подчасъ весьма строгія условія пріобщенія новыхъ членовъ. Существуютъ также правила исключенія, какъ и лишенія подданства въ области права, „правъ отечества". Существуютъ также правила приличія и т. п., которая лишь при извѣстныхъ обстоятельствахъ допускаютъ оставленіе общенія, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ не допускаютъ таковаго. Напр., кавалеру многими „конвенціональными правилами" весьма рѣшительно запрещается въ извѣстныхъ случаяхъ оставленіе дамы или дамъ, которыхъ онъ сопровождаетъ, на произволъ судьбы. Съ другой стороны есть „правовые союзы", принадлежность къ коимъ, въ частности продолженіе отношеній, вполнѣ зависитъ отъ желанія и усмотрѣнія нашего (напр., разныя общества

въ области права, или нѣтъ, представляются ли отдѣльныя нормы права достойными одобренія, разумными, или же достойными порицанія, неразумными. Во многихъ изъ предложенныхъ учеными различныхъ направленій опредѣленіяхъ права (особенно прежняго времени) встрѣчается, напр., указаніе на «разумность», согласіе съ разумомъ тѣмъ нормъ, которыя должны быть отнесены къ праву (совокупность условій для достиженія разумныхъ цѣлей человѣка;

юрид. типа, въ томъ числѣ и съ утвержденными правительствомъ уставами); вполнѣ мыслимо и такое же отношеніе государства къ подданству. Что касается санкцій на случай несоблюденія (прекращеніе знакомства, исключеніе изъ сферы дѣйствія кодекса чести), то, съ одной стороны, и въ области „конвенціональныхъ правилъ" въ смыслѣ Штамлера послѣдствія могутъ имѣть иной характеръ, напр., въ случаѣ отказа отъ дуэли избіеніе, кровавая месть и т. п., а съ другой стороны и офиціальное право знаетъ санкціи, состоящія въ исключеніи изъ общенія, лишеніи добраго имени, правъ чести etc. etc.

Ссылку на существованіе въ области права нормъ особаго содержанія содержатъ въ существѣ дѣла и теорія принужденія, а равно и государственная теорія (см. выше).

Если бы дѣйствительно можно было найти въ области права нормы съ такимъ содержаніемъ, какое не встрѣчается въ области другихъ правилъ поведенія, то все-таки на этомъ нельзя было бы строить опредѣленія понятія права, ибо спрашивается, каковые признаки свойственны всякой юр. нормѣ, какъ таковой.

На особенности содержанія нормъ права вообще ссылаются, напр., тѣ теоріи, по которымъ право предписываетъ или запрещаетъ извѣстные поступки внѣшняго свойства, мораль—внутренняго (ср. выше, стр. 43; несомнѣнно и нравственныя нормы предписываютъ или запрещаютъ и разныя дѣйствія внѣшняго свойства, напр., запрещаютъ убійство, истязанія, предписываетъ голоднаго накормить, странника пріютить и т. п.). Сюда относится также теорія, по которой обязанности, налагаемыя правомъ, имѣютъ отрицательный характеръ, нравственныя же обязанности предписываютъ положительныя дѣйствія. Теорія эта пользовалась нѣкоторымъ успѣхомъ въ прежнее время; теперь она всѣми признана ошибочной.

Прежде существовали также теоріи, стремившіяся свести къ одному принципу все возможное содержаніе права, противопоставляя ему другія максимы поведенія, якобы обнимающія все содержаніе нравственности, приличія и т. п. Напр., по теоріи Томазія (Fundamenta juris naturae et gentium..., in quibus ubique secernuntur principia honesti justi ac decori 1713 г.), принципъ права гласитъ: не дѣлай другимъ того, чего не желаешь потерпѣть отъ нихъ (quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris); принципъ морали (honestum): дѣлай себѣ самому то, чего желаешь, чтобы и другіе себѣ дѣлали (quod vis ut alii sibi faciant, tute tibi facies); принципъ приличія (decori): дѣлай другимъ то, чего ты себѣ желаешь отъ нихъ (quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies).

По теоріи Канта (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797), принципомъ права предписывается дѣйствовать такъ, чтобы свобода наша совмѣщалась со свободою другихъ и т. п.

требуемый разумомъ порядокъ мира въ человѣческомъ союзѣ и т. п. [1]). Уже эти выраженія сами по себѣ доказываютъ смѣшеніе теоретическаго вопроса о существѣ правовыхъ явленій, каковы они есть, съ политическимъ вопросомъ о желательномъ въ области права. Опредѣленіе права должно обнять и тѣ нормы, которыя намъ представляются неразумными, которыя не содѣйствуютъ достиженію разумныхъ цѣлей и т. д. [2]).

3. Иной смыслъ имѣютъ тѣ теоріи, которыя тоже исходятъ изъ «цѣли» права, но при этомъ имѣютъ въ виду не ту задачу, къ рѣшенію которой, по мнѣнію изслѣдователя, въ области права должно стремиться, а тѣ цѣли, которыя имѣли и имѣютъ въ виду правосоздатели, вызывая къ жизни тѣ или иныя нормы права. Такъ, напр., Іерингъ, доказывая, что существо права состоитъ въ защитѣ интересовъ, говоритъ: «Какъ бы различны ни были въ отдѣльныхъ случаяхъ права (охраняемые) интересы, во всякомъ случаѣ каждое допущенное in thesi право содержитъ выраженіе признаннаго законодателемъ съ точки зрѣнія его времени достойнымъ и нуждающимся въ защитѣ интереса» [3]).

Опредѣленія, въ основѣ которыхъ лежитъ такая точка зрѣнія, представляютъ дѣйствительно теоретическія положенія, а не выраженіе политическихъ постулатовъ. Но и они основываются на неправильномъ пониманіи задачи опредѣленія существа права. Проблема состоитъ въ томъ, чтобы найти существенныя и общія свойства

---

[1]) Ср. F. Dahn, Ueber den Begriff des Rechts 1895.

[2]) Gareis (Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft 1887) опредѣляетъ право, какъ „порядокъ мира (Friedensordnung) во внѣшнихъ отношеніяхъ людей и ихъ союзовъ между собою“ и въ пользу этого приводитъ аргументъ: „такъ какъ установленіе и охрана мира.... есть первая и послѣдняя цѣль права“. Но есть нормы права, которыя этой цѣли не соотвѣтствуютъ, а, напротивъ, вызываютъ раздоры и нарушенія мира.

[3]) Ihering, Geist des röm. Rechts, 3-й томъ § 60 (2-е изд. стр. 331). Въ сочиненіяхъ этого весьма популярнаго и вліятельнаго автора находимъ въ разныхъ мѣстахъ выраженіе различныхъ воззрѣній на существо права и различныя формулы опредѣленія права. Въ первомъ томѣ того же сочиненія § 3 (стр. 25) Іерингъ исходитъ изъ воззрѣнія на существо права „какъ на объективный организмъ человѣческой свободы“. Въ Zweck im Recht I. 12 (3-е изд. стр. 443) онъ предлагаетъ слѣд. опредѣленіе права: „форма созданнаго принудительнаго властью государства обезпеченія условій жизни общества“ (indem ich das Recht inhaltlich definire als die Form der durch die Zwangsgewalt des Staates beschafften Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft).

правовыхъ явленій, какъ таковыхъ, какъ существующихъ, данныхъ явленій самихъ по себѣ, независимо отъ того, что̀ вызываетъ къ жизни эти явленія, что̀ имъ предшествуетъ, въ частности независимо отъ того, что думаютъ и желаютъ тѣ, которые способствуютъ созданію тѣхъ или иныхъ правовыхъ явленій. Предшествовавшія появленію данной нормы права явленія, напр., соображенія законодателя относительно наличности интереса, относительно нужды его въ защитѣ, могутъ прекратиться, законодателя уже нѣтъ въ живыхъ, интересъ или нужда его въ защитѣ тоже, можетъ быть, исчезли (или никогда не существовали, но прежде казались законодателю существующими, а теперь заблужденіе устранено), но норма права продолжаетъ существовать — и вотъ требуется указать, что̀ она такое, въ чемъ существо этого явленія, пережившаго явленія, предшествовавшія ея возникновенію, и отличнаго отъ нихъ.

Опредѣленія права, которыя вмѣсто отвѣта на этотъ вопросъ, указываютъ на цѣли, руководившія правосоздателемъ, не суть опредѣленія существа права, хотя бы они вѣрно рѣшили тотъ вопросъ, который они пытаются рѣшить. Но, далѣе, ниже мы убѣдимся, что положеніе, по которому «цѣль есть создатель права» [1]), т. е. правовыя нормы создаются сознательною, цѣлевою, направленною на достиженіе извѣстнаго сознаваемаго будущаго результата, дѣятельностью, не можетъ быть признано правильнымъ рѣшеніемъ вопроса о происхожденіи права. Какія бы цѣли (мнимыя) опредѣленія права разсматриваемой здѣсь категоріи ни приписывали правосоздателямъ, они во всякомъ случаѣ должны были бы быть признаны ошибочными уже потому, что разныя категоріи нормъ права вообще представляютъ продуктъ не сознательнаго, цѣлевого производства, а безсознательнаго, чуждаго соображеній о цѣли, творчества.

4. Отвергнуты, наконецъ, должны быть по общимъ основаніямъ и всѣ тѣ воззрѣнія на существо права, которыя исходятъ изъ практическихъ результатовъ существованія юр. нормъ, изъ тѣхъ послѣдствій, которыя порождаются дѣйствіемъ нормъ права для жизни человѣческой. Эту точку зрѣнія слѣдуетъ строго отличать отъ предыдущихъ (онѣ весьма часто смѣшиваются), въ частности отъ точки зрѣнія цѣлей, которыми руководствуются правосоздатели. Законодатель можетъ издать законъ для такой-то разумной цѣли, а ре-

---

[1]) Основная мысль и мотто сочиненія Іеринга „Zweck im Recht“.

зультатъ закона въ дѣйствительности можетъ быть какъ разъ обратный, вредный; или, наоборотъ, законъ созданъ подъ вліяніемъ какихъ-либо неразумныхъ, злыхъ мотивовъ и цѣлей, а въ практическомъ результатѣ можетъ получиться полезное дѣйствіе; или норма возникла безъ чьего бы то ни было желанія достигнуть такихъ или иныхъ цѣлей путемъ созданія этой нормы, т. е. безъ цѣли, но она можетъ по своимъ результатамъ имѣть весьма важное полезное или вредное значеніе для общества. Такимъ образомъ признаніе возможности безсознательнаго, чуждаго цѣлевыхъ соображеній, происхожденія права вовсе еще не исключаетъ само по себѣ возможности опредѣленія существа права съ точки зрѣнія его значенія для жизни человѣческой. Тѣмъ не менѣе разсматриваемая здѣсь категорія воззрѣній на существо права (утилитарныя теоріи въ тѣсномъ смыслѣ) страдаетъ существеннымъ порокомъ и притомъ аналогичнымъ тому, который свойственъ теоріямъ предыдущей категоріи. И они не рѣшаютъ собственно вопроса о существѣ права самого по себѣ, а вмѣсто этого указываютъ на другія явленія, на тѣ, которыя являются дальнѣйшими послѣдствіями права, какъ причины, какъ фактора. Теоріи предыдущей категоріи говорятъ о томъ, что предшествуетъ праву, что его вызываетъ, эти же теоріи говорятъ о томъ, что порождается, достигается правомъ. Первыя обходятъ вопросъ о существѣ продукта— права, ссылаясь на производящій факторъ, вторыя обходятъ вопросъ о существѣ фактора — нормъ права, ссылаясь на продукты, плоды этого фактора.

Сверхъ сего и въ основаніи этихъ теорій лежитъ научно не доказанное, а только представляющее предметъ вѣры или произвольнаго утвержденія положеніе, аналогичное положенію о цѣлевомъ, сознательномъ происхожденіи права, а именно, что всякая норма права непремѣнно ведетъ къ какимъ-либо полезнымъ результатамъ, приноситъ пользу обществу. Изъ такой же догмы исходятъ разныя утилитарныя теоріи нравственности. Безспорно право и нравственность вообще представляютъ весьма благодѣтельныя явленія, не только полезныя, но и необходимыя для общественной жизни. Тѣмъ не менѣе въ ученіи о происхожденіи и развитіи нормъ мы убѣдимся, что не только возможны, но и необходимо должны существовать и такія нормы какъ права, такъ и нравственности, которыя безполезны или и прямо вредны для общественной жизни. Наконецъ, нельзя не принять во вниманіе и того, что уже изъ положеній, установленныхъ

выше относительно содержанія предписаній права, морали и т. д., вытекаетъ невозможность отличить право отъ морали по полезнымъ результатамъ ихъ дѣйствія. Польза для общества получается одна и та же какъ въ томъ случаѣ, если правила «не убій», «не укради», «не лжесвидѣтельствуй» и т. п. соблюдаются въ качествѣ нормъ нравственности, такъ и въ томъ случаѣ, если они соблюдаются въ качествѣ нормъ права.

Отсюда видно, на сколь ненаучной почвѣ находятся разныя утилитарныя теоріи права и морали, пользующіяся особенно въ новѣйшее время большимъ успѣхомъ, какъ особенно передовыя и отвѣчающія духу времени ученія.

Какъ указано уже выше, опредѣленія права, относящіяся къ предыдущимъ категоріямъ, многочисленны и разнообразны. Особаго вниманія по своей распространенности и вліянію въ области общей теоріи права и спеціальныхъ юридическихъ изслѣдованій заслуживаютъ прежде всего теоріи свободы и теоріи защиты интересовъ.

Теоріи свободы пользовались большою популярностью въ 18-мъ и первой половинѣ нашего столѣтія и насчитываютъ много блестящихъ представителей въ прошломъ (напр., Кантъ, Гегель, Пухта, Краузе), но и теперь еще не совсѣмъ лишились приверженцевъ. Формулы опредѣленій въ частностяхъ разнообразны (право есть порядокъ человѣческой свободы, разграниченіе сферъ свободы, организація, охрана свободы, устройство отношеній жизни для цѣлей свободы, примиреніе свободы и равенства и т. п.), но преобладающая тенденція состоитъ въ признаніи осуществленія индивидуальной свободы основною и цѣннѣйшею задачею права; такимъ образомъ преобладающая точка зрѣнія въ этихъ теоріяхъ не столько теоретическая, сколько политическая, и главный ихъ недостатокъ смѣшеніе этихъ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія. Поскольку нѣкоторыя изъ этихъ опредѣленій представляются опредѣленіями съ точки зрѣнія содержанія нормъ права, имѣютъ въ виду указать то, что нормы права по своему содержанію представляютъ проведеніе начала свободы, они подходятъ лишь къ извѣстнымъ категоріямъ нормъ права (напр., законы, запрещающіе рабство, посягательство на чужую свободу, предоставляющіе право самоуправленія и т. д.), но не только нормъ права, а напр., и нравственности, другія же нормы права явно имъ противорѣчатъ (напр., нормы права, устанавливающія рабство, крѣпостное состояніе, стѣсненіе свободы слова, передвиженія и т. п.) или во всякомъ случаѣ

не могутъ быть подведены подъ принципъ свободы. Законы о рабствѣ, классовомъ подчиненіи и т. п. показываютъ также наглядно, что законодатели вовсе не всегда создавали нормы права для цѣлей свободы и что практическимъ результатомъ нормъ права можетъ быть въ конкретномъ случаѣ именно не свобода, а противоположное этому началу [1]).

Въ новѣйшее время на мѣсто теорій свободы вступили и сдѣлались весьма популярными теоріи интересовъ. Теперь, можно сказать, какъ общая теорія права, такъ и прочая юриспруденція всецѣло пропитаны теоріей интересовъ, которая обыкновенно вполнѣ мирно уживается съ воззрѣніемъ, что право есть нормы государственныя и принудительныя.

Какъ и много модныхъ теперь ученій, теорія интересовъ связана съ именемъ Іеринга. Въ третьемъ томѣ знаменитаго своего труда «Духъ римскаго права» Іерингъ возсталъ противъ теорій воли и свободы, въ частности противъ теоріи, видящей въ правѣ, какъ правомочіи, господство воли, сферу свободнаго проявленія воли, и доказывалъ, что существо и смыслъ права состоитъ въ защитѣ интересовъ. Право есть защищенный интересъ. При этомъ Іерингъ имѣлъ въ виду частныя, гражданскія права, элементъ защиты онъ видѣлъ въ гражданскомъ искѣ и, такъ какъ эти иски предъявляются въ судъ по иниціативѣ самого потерпѣвшаго правонарушеніе, опредѣлилъ право какъ самозащиту интереса.

На почвѣ этой теоріи гражданскаго правомочія возникла и пріобрѣла значеніе и теорія, видящая существо нормъ права въ защитѣ интересовъ.

Къ теоріи правомочія Іеринга намъ еще придется возвратиться ниже и тамъ мы убѣдимся, что правомочіе не имѣетъ ничего общаго съ интересомъ, что это принципіально отличное отъ интереса явленіе, поэтому и воззрѣніе, будто существо права вообще состоитъ въ защитѣ интересовъ, построено на ложномъ фундаментѣ.

Здѣсь, независимо отъ вопроса о существѣ правомочія, отмѣтимъ слѣдующее:

---

[1]) Нѣкоторые писатели, впрочемъ, вводятъ понятіе свободы въ опредѣленіе права въ томъ смыслѣ, что право представляетъ ограниченіе свободы. Но то же можно сказать о всякихъ нормахъ, ибо существо всякой нормы, будетъ ли она юридическая или этическая, состоитъ въ исключеніи свободнаго усмотрѣнія и слѣдовательно въ ограниченіи свободы въ смыслѣ этихъ формулъ.

Выраженіе «защита интересовъ» (Interessenschutz) въ качествѣ опредѣленія существа права страдаетъ прежде всего тѣмъ съ научной точки зрѣнія важнымъ недостаткомъ, что оно не представляетъ точной формулировки научно-опредѣленныхъ положеній и понятій, а является въ значительной степени сочетаніемъ метафоръ, выражающимъ и вызывающимъ довольно неясныя и неопредѣленныя представленія.

Слово интересъ (употребляемое послѣдователями Іеринга) на каждомъ шагу, но рѣдко въ точно опредѣленномъ и неизмѣнномъ смыслѣ означаетъ желаніе извѣстной выгоды [1]).

Слово «защита» (Schutz) означаетъ дѣйствіе или рядъ дѣйствій (рядъ поступковъ), направленныхъ на отраженіе нападенія. Но нападать на интересъ, какъ хотѣніе чего-либо, нельзя; съ другой стороны, норма не есть дѣйствіе или рядъ дѣйствій (направленныхъ на отраженіе нападеній), а явленіе совсѣмъ иного порядка, не дѣйствіе, а извѣстнаго рода правило, убѣжденіе.

Поэтому формула: право есть защита интересовъ, при пониманіи ея не въ качествѣ метафорическихъ выраженій, а въ качествѣ строго научной формулы, не иносказательно, а прямо и точно вы-

---

[1]) Иногда интересъ означаетъ и ту выгоду, на которую направлено желаніе, ср. Regelsberger, Pandekten I, § 14. Gareis (Encykl. § 5) характеризуетъ интересы, какъ „вытекающія непосредственно изъ эгоизма, субъективно ощущаемыя, возникающія изъ потребностей отношенія между чувствующимъ потребность человѣкомъ и предметомъ, потребность въ которомъ существуетъ и ощущается, предметомъ, посредствомъ котораго (посредствомъ его употребленія или потребленія) потребность дѣйствительно или вѣроятно, вполнѣ или отчасти должна быть или будетъ удовлетворена. Такъ, напр., чувствуемая въ качествѣ голода потребность въ пищѣ вызываетъ интенсивный интересъ голоднаго по отношенію къ находящейся вблизи пищи...“.

Впрочемъ, какъ упомянуто, слово интересъ, несмотря на его излюбленность въ средѣ теперешнихъ юристовъ, фигурируетъ обыкновенно не въ качествѣ точнаго и опредѣленнаго научнаго термина, а скорѣе въ качествѣ измѣнчиваго, неопредѣленнаго и неяснаго суррогата точной научной терминологіи; совершенно справедливо поэтому замѣчаетъ Гриммъ въ упомянутой выше статьѣ, что неопредѣленность понятія интереса вводитъ неясность въ теорію интересовъ. Онъ самъ опредѣляетъ понятіе интереса слѣд. образомъ:

„Подъ интересомъ очевидно слѣдуетъ подразумѣвать безпрепятственную возможность для человѣка пользоваться любыми средствами для достиженія любыхъ цѣлей“. Это опредѣленіе носитъ слишкомъ индивидуальный характеръ (едва ли многіе такъ понимаютъ слово интересъ), но оно характерно, какъ доказательство неопредѣленности и разнообразнаго пониманія столь обыденнаго теперь quasi-термина.

ражающей извѣстное научное положеніе, означало бы nonsens, соединеніе и отождествленіе несоизмѣримыхъ величинъ.

Выраженіе «защита интересовъ» поэтому слѣдуетъ понимать, какъ иносказательное выраженіе, означающее защиту людей въ осуществленіи ихъ интересовъ, т. е. отраженіе нападеній, посягательствъ, препятствующихъ людямъ осуществлять свои интересы (напр., я иду къ рѣкѣ напиться, а меня не допускаютъ къ рѣкѣ; я ѣду въ городъ за провизіей, а меня не допускаютъ въ городъ или отнимаютъ провизію).

Что же касается невозможнаго логически отождествленія права (совокупности нормъ) и защиты (дѣйствій, поступковъ), то по этому поводу слѣдуетъ вспомнить приведенную выше теорію Іеринга, по которой право является какимъ-то соединеніемъ нормъ, какъ внутренней стороны, и принужденія (т. е. тоже дѣйствія—явленія несоизмѣримаго съ понятіемъ нормы), какъ внѣшняго элемента. Механическаго, физическаго принужденія не упускаетъ Іерингъ изъ виду и при изложеніи своей теоріи интересовъ. Такъ, онъ имѣетъ въ виду иски, судебную защиту правъ и указываетъ на необходимость для возникновенія правомочія, чтобы къ данному интересу могло быть примѣнено «механическое принужденіе права» [1]). Съ этой точки зрѣнія отождествленіе права съ защитою является не простою licentia poëtica, а выраженіемъ дѣйствительно ложнаго представленія, будто право имѣетъ какую-то физическую сторону, обладаетъ механическими свойствами и т. п. Поскольку Іерингъ или его послѣдователи вносятъ въ свою теорію это ложное представленіе или во всякомъ случаѣ имѣютъ въ виду необходимость организованной защиты терпящихъ правонарушеніе противъ нарушителей, мы можемъ здѣсь сослаться на сказанное по этому поводу выше. Но такъ какъ теорія, видящая существо права въ защитѣ интересовъ, можетъ быть толкуема на разные лады и дѣйствительно понимается ея послѣдователями различно, то мы считаемъ не лишнимъ разсмотрѣть и другія возможныя толкованія приведенной формулы:

1. Право не есть физическое или механическое явленіе, въ частности оно не есть дѣйствіе или рядъ дѣйствій для отраженія нападеній, но оно есть совокупность велѣній, правилъ, предписываю-

---

[1]) „Weil manche Interessen ihrer Natur nach dem mechanischen Zwange des Rechts widerstreben“ (Geist, III § 60).

щихъ такія дѣйствія (опредѣленіе по содержанію нормъ права). Если понимать теорію защиты интересовъ въ этомъ именно смыслѣ, то въ ней никакой логической несообразности нѣтъ, и подъ нее можно дѣйствительно подвести не мало нормъ права. Такъ, напр., сюда подойдутъ законы, возлагающіе на полицію обязанность защищать гражданъ противъ различныхъ нападеній; въ болѣе общемъ смыслѣ сюда, пожалуй, можно отнести нормы, опредѣляющія дѣятельность судовъ, поскольку эта дѣятельность направлена на отраженіе и устраненіе незаконныхъ посягательствъ и т. п. Но, съ одной стороны, и нравственность предписываетъ защищать обижаемыхъ и угнетаемыхъ, а съ другой стороны содержаніе большинства нормъ права вовсе не предполагаетъ никакого нападенія и не состоитъ въ предписаніи кому-либо защищать подвергающагося нападенію. Напр., нормы права, регулирующія народное продовольствіе, просвѣщеніе, устройство путей сообщенія, предписывающія формы заключенія брака, установляющія обязанности родителей, дѣтей, служащихъ по найму или въ силу назначенія на госуд. службу, опредѣляющія порядокъ наслѣдованія etc. etc., имѣютъ иное содержаніе, не исходятъ изъ предположенія нападенія и не предписываютъ обязанности защищать противъ нападеній. Даже нормы, содержащія запрещеніе нападеній, напр., грабежъ, разбой, вторженіе въ чужое жилище и т. п., въ существѣ дѣла не подходятъ подъ разсматриваемую теорію, ибо онѣ предписываютъ не положительное дѣйствіе, защиту, а воздержаніе отъ нападенія.

2. Цѣлью правосоздателей является защита интересовъ. При такомъ пониманіи теорія получаетъ несомнѣнно болѣе широкій смыслъ. Сюда подойдутъ не только тѣ нормы, которыя непосредственно повелѣваютъ кому-либо защищать кого-либо въ спокойномъ осуществленіи его интересовъ, но и такія нормы, которыя, напр., запрещаютъ нападенія, посягательства, ибо, установляя такія нормы, правосоздатель предупреждаетъ нападенія и посягательства и въ этомъ смыслѣ «защищаетъ интересы»; точнѣе подъ эту формулу подойдутъ всякія нормы, лишь бы правосоздатель, установляя ихъ, руководствовался цѣлью защитить чьи-либо интересы, хотя бы предположенный законодателемъ интересъ никогда не существовалъ или вовсе не нуждался въ защитѣ, или хотя бы изданный законъ былъ абсолютно негоднымъ средствомъ для защиты предположеннаго интереса или даже повлекъ за собою противоположныя намѣченной

цѣли послѣдствія, напр., нападенія и нарушенія интереса. Тѣмъ не менѣе и въ такомъ смыслѣ теорія защиты интересовъ не содержитъ въ себѣ опредѣленія существа права, какъ это видно уже изъ сказаннаго выше. Между прочимъ, не безынтересно замѣтить, что сторонники теоріи защиты недавно по поводу выработки новаго гражданскаго уложенія для Германіи упрекали законодательную комиссію, что она подчасъ при выработкѣ тѣхъ или иныхъ положеній руководствовалась не соображеніями о практическихъ интересахъ, а разсужденіями иного свойства, напр., что извѣстная норма должна быть введена въ уложеніе, какъ логически необходимое послѣдствіе какого-либо общаго принципа или понятія, и т. п. соображеніями, исходящими не изъ реальныхъ интересовъ, а изъ теоретическихъ предразсудковъ и вѣрованій въ логическую необходимость извѣстныхъ положеній. Между тѣмъ едва ли кто-либо изъ сторонниковъ теоріи интересовъ сталъ бы отрицать юридическій характеръ нормъ, созданныхъ по такимъ, не касающимся практическихъ интересовъ, мотивамъ.

3. Точно также никакой юристъ серьезно не воспользовался бы теоріей защиты интересовъ въ смыслѣ опредѣленія юридическихъ нормъ съ точки зрѣнія ихъ практическихъ результатовъ, какъ критеріемъ для признанія или отрицанія юридическаго характера отдѣльныхъ нормъ. Хотя бы данная норма права вела въ практическомъ результатѣ къ прямо противоположному защитѣ интереса результату или была просто безполезною, никому не нужною нормою, напр., порождающею вмѣсто защиты интереса только лишнее бумагомараніе или не вызывающею даже этого послѣдствія, потому что ее всѣ обходятъ или просто фактически не примѣняютъ, тѣмъ не менѣе это не помѣшало бы самимъ сторонникамъ теоріи интересовъ признать ее нормою права. Никто на дѣлѣ не отличаетъ юридическихъ нормъ отъ нормъ, не имѣющихъ юридической силы, по теоріи интересовъ, хотя это и весьма модная теорія.

Какъ опредѣленіе существа права, эта теорія не можетъ быть признана удовлетворительною. Правильна лишь та, заключающаяся въ ней, конечно извѣстная и до ея появленія, мысль, что нормы права въ нормальномъ случаѣ не безполезны, что онѣ доставляютъ разнымъ лицамъ разныя выгоды, возможность удовлетворенія разныхъ потребностей и осуществленія разныхъ интересовъ (что, впрочемъ, относится и къ нравственности); въ предѣлахъ же государ-

ственной организаціи пользованіе этими выгодами защищается могущественною государственною властью [1]).

Въ связи съ основной теоріей защиты интересовъ заслуживаютъ еще упоминанія двѣ теоріи, представляющія видоизмѣненія этой основной теоріи и имѣющія у насъ весьма выдающихся представителей—Муромцева и Коркунова.

Муромцевъ исходитъ, какъ изъ основного элемента права, изъ понятія защиты. Онъ раздѣляетъ защиту противъ посягательствъ на два рода, смотря по тому, идетъ ли дѣло объ отраженіи посягательствъ или устраненіи препятствій, лежащихъ внѣ даннаго общественнаго союза, или же о защитѣ противъ посягательствъ, исходящихъ отъ членовъ союза. Защита второго рода, т. е. однихъ членовъ союза противъ другихъ членовъ того же союза, бываетъ неорганизованная и организованная, т. е. совершаемая заранѣе опредѣленными органами по установленному порядку. Право и есть организованная защита второго рода.

Эта теорія заключаетъ въ себѣ недостатки теорій, исходящихъ изъ понятія государства, и теорій, опредѣляющихъ нормы права по ихъ санкціи на случай нарушенія, но главный недостатокъ ея состоитъ въ томъ, что безъ посягательствъ и нарушеній съ ея точки зрѣнія нѣтъ и права; она совсѣмъ упускаетъ изъ виду право и на мѣсто его ставитъ тѣ дѣйствія, которыя совершаются людьми въ защиту нарушаемаго права.

Коркуновъ исходитъ изъ понятія интересовъ, но на мѣсто защиты онъ ставитъ разграниченіе сталкивающихся интересовъ. Отъ нравственности право отличается тѣмъ, что нравственность составляютъ нормы «оцѣнки интересовъ», право же—нормы разграниченія интересовъ.

«Такимъ образомъ различіе нравственности и права можетъ быть формулировано очень просто. Нравственность даетъ оцѣнку интере-

---

[1]) Съ другой стороны нельзя не замѣтить, что естественными послѣдствіями или союзниками воззрѣнія на право, какъ на защиту интересовъ, являются пошло-оппортунистическое и матеріалистическое въ обыденномъ смыслѣ этого слова направленіе юриспруденціи, склонность объяснять развитіе права съ точки зрѣнія эгоистическихъ стремленій и побѣды сильнаго, могущаго силою проводить свои интересы, склонность не видѣть права за его защитою, односторонне усматривать центръ тяжести права въ процессахъ, искахъ, судебной защитѣ и т. п. и обсуждать отдѣльныя нормы съ судебно-процессуальной точки зрѣнія.

совъ, право — ихъ разграниченіе. Какъ установленіе мѣрила для оцѣнки нашихъ интересовъ есть задача каждой нравственной системы, такъ установленіе принципа для разграниченія интересовъ различныхъ личностей—есть задача права» [1]).

Эта теорія выгодно отличается отъ предыдущей тѣмъ, что понятіе права въ ней не замѣняется понятіемъ защиты. Но и она не можетъ быть признана удовлетворительною.

Нельзя не замѣтить, что и выраженіе «разграниченіе интересовъ», какъ и «защита интересовъ», есть скорѣе образное выраженіе, нежели точный научный терминъ. Какъ разграничить интересы двухъ или нѣсколькихъ лицъ, если интересы есть психическія явленія, явленія внутренняго міра (ощущеніе потребности въ чемъ-либо, хотѣніе чего-либо), не имѣющія протяженія, недѣлимыя и т. д. Нельзя отрицать, что право оказываетъ весьма важное вліяніе на интересы. Оно прежде всего вызываетъ, служитъ причиною возникновенія разнообразныхъ интересовъ. Напр., права и преимущества, связанныя законодательствомъ съ извѣстною должностью, съ принадлежностью къ извѣстному сословію, съ подданствомъ, съ извѣстнымъ образовательнымъ цензомъ (напр., аттестатомъ зрѣлости) вызываютъ интересъ достигнуть этой должности, принадлежности къ сословію, подданства и т. д. Признаніе права частной собственности вызываетъ въ людяхъ много такихъ стремленій и интересовъ, которые бы не возникли при отсутствіи этого юридическаго учрежденія или въ томъ случаѣ, если бы область примѣненія нормъ о частной собственности была бы, напр., ограничена движимыми вещами, если бы было отмѣнено право собственности на недвижимыя имѣнія, если бы было отмѣнено или измѣнено наслѣдственное право и т. п. Заинтересованность многихъ людей въ сбереженіи, производствѣ и накопленіи хозяйственныхъ благъ не появилась бы вовсе или появилась бы въ менѣе интенсивной формѣ при отсутствіи права частной собственности и т. д. [2]). Другіе интересы нормы права заста-

---

[1]) Коркуновъ, Лекціи по общей теоріи права, 5-е изд. стр. 39.

[2]) Весьма неправильнымъ кажется намъ поэтому утвержденіе Гарейса (Encykl. § 5, стр. 16), что право не вызываетъ новыхъ интересовъ „точно также какъ стѣна сада не создаетъ пространства сада", а только ограничиваетъ существующіе интересы, внутри ограды гарантируетъ и защищаетъ ихъ, внѣ этой границы оставляетъ интересъ безъ защиты („durch die Norm wird das Interesse abgegrenzt, innerhalb der Abgrenzung geschützt, garantiert, ausserhalb derselben ist es nicht garantiert, nicht geschützt"). Пространство

вляютъ исчезнуть, напр., нормы права, запрещающія извѣстныя дѣйствія, признающія недѣйствительными извѣстныя сдѣлки, дающія право на обратное востребованіе незаконно добытаго имущества, предписывающія наказанія за разныя вредныя дѣянія,—предупреждаютъ появленіе разныхъ интересовъ, подавляютъ появившіяся хотѣнія и стремленія, искореняютъ эгоистическіе и антисоціальные интересы, способствуютъ замѣнѣ ихъ законными и согласными съ благомъ общества интересами. Право, далѣе, сообщаетъ интересамъ людей согласное направленіе, въ этомъ смыслѣ объединяетъ ихъ, соединяетъ, создаетъ общность интересовъ, организуя, напр., людей въ союзы, родовые союзы, сельскія общества, земства, государства, торговыя товарищества, акціонерныя компаніи. Иногда же нормы права разрушаютъ солидарность и согласіе интересовъ, порождая враждебные интересы, рознь и вражду, напр., въ случаѣ несправедливыхъ различій и привилегій. Вообще праву можно и слѣдуетъ приписать весьма существенное и разнообразное воздѣйствіе на интересы, но только такіе виды воздѣйствія, которые соотвѣтствуютъ природѣ интересовъ, какъ психическихъ явленій, появляющихся и исчезающихъ во времени, но не протяженныхъ въ пространствѣ. Поэтому можно было бы сказать, что право вызываетъ, измѣняетъ, устраняетъ интересы (или вообще регулируетъ интересы), но говорить о разграниченіи интересовъ правомъ съ точки зрѣнія строго научной терминологіи едва ли удобно.

Положеніе, что нормы права есть нормы разграниченія интересовъ, поэтому слѣдуетъ скорѣе понимать въ томъ смыслѣ, что здѣсь имѣется въ виду разграниченіе областей внѣшняго проявленія интересовъ, т. е. областей, въ предѣлахъ которой мы можемъ совершать дѣйствія, вызываемыя ощущеніемъ интереса, или дѣйствія, направленныя на осуществленіе интересовъ. Особенно хорошо и непосредственно можно, напр., подвести подъ такую формулу тѣ нормы права, которыя регулируютъ проведеніе и провѣрку границъ поземельныхъ владѣній, въ болѣе отвлеченномъ переносномъ смыслѣ, вообще нормы

сада можно ограничить или разграничить заборомъ или стѣною, которая не создаетъ новаго пространства. Въ области же интересовъ наоборотъ, можно вызвать правомъ новые интересы, но дѣлить ихъ на части или ограничивать перегородками нельзя. Gareis неправильно переноситъ пространственныя представленія на психическія явленія.

о частной собственности и, наконецъ, вообще тѣ нормы, результатомъ которыхъ является исключительное господство и свовода дѣйствій кого либо въ какой либо области съ исключеніемъ другихъ отъ вторженія въ эту область.

Въ этомъ смыслѣ многіе представители теоріи свободы видѣли существо права въ разграниченіи сферъ свободы, въ отмежеваніи каждому индивиду сферы свободныхъ дѣйствій, свободнаго проявленія воли. Но такое воззрѣніе на существо права и въ томъ случаѣ, если на мѣсто понятія воли и свободы поставить понятіе интереса, не отвѣчаетъ задачѣ опредѣленія существа права по различнымъ причинамъ. Съ одной стороны, многія нормы нравственности ведутъ къ тому же результату, ибо и нравственность предписываетъ не стѣснять безъ основанія свободнаго осуществленія интересовъ другихъ лицъ, не вторгаться въ сферу осуществленія ихъ интересовъ, предоставить каждому извѣстную сферу свободнаго движенія и удовлетворенія потребностей, съ другой же стороны подъ разбираемую формулу не подходятъ многія нормы права, въ частности, напр., тѣ, которыя ведутъ не къ раздѣленію и разграниченію, а къ соединенію людей [1]).

Мало того, подъ эту теорію не подходитъ собственно ни одна норма права, если имѣть въ виду не результатъ сложнаго комплекса нормъ, а именно отдѣльные простые элементы этихъ комплексовъ, отдѣльныя простыя нормы. Такія нормы вовсе не ведутъ къ тому, чтобы оба лица, отрицательный и положительный субъекты, получили юридическую возможность въ извѣстныхъ границахъ осуще-

---

[1]) Коркуновъ, полемизируя противъ теоріи разграниченія сферъ свободнаго проявленія воли, противопоставляетъ ей то возраженіе, что „юридическій порядокъ представляетъ множество такихъ правъ, которыя рѣшительно не могутъ быть пріурочены къ одному опредѣленному индивиду... Замѣна же воли интересомъ даетъ намъ полную возможность объяснить подобныя явленія безъ помощи фикцій. Воля есть принадлежность индивидуальнаго духа. Интересы человѣка, напротивъ, въ самой незначительной степени опредѣляются его индивидуальной организаціей. Наибольшая часть интересовъ человѣка является продуктомъ жизни его въ обществѣ и потому имѣетъ общественный характеръ“... (стр. 81). Въ этомъ разсужденіи скрывается логическая неточность. Не только воля, но и интересъ „есть принадлежность индивидуальнаго духа“; и воля и интересъ въ то же время въ значительной степени опредѣляются нашею жизнью въ обществѣ. Понятія индивидуальности и общественности примѣнены здѣсь въ различныхъ смыслахъ къ волѣ и интересамъ.

ствлять свои интересы, чтобы, выражаясь образно, соотвѣтственно характеру разбираемой формулы, по срединѣ между ними возникла перегородка, межа, пограничная черта, до которой оба они могли бы доходить при осуществленіи своихъ интересовъ. Напротивъ, для отрицательнаго субъекта отдѣльная норма права имѣетъ только отрицательное значеніе, создаетъ для него только минусъ, для положительнаго она имѣетъ только положительное значеніе, не налагаетъ никакого ограниченія, требуетъ не ограниченнаго, а безграничнаго, т. е. полнаго осуществленія соотвѣтствующаго его праву интереса. Напр., норма права, предписывающая должнику уплатить свой долгъ, напр. 100 р., кредитору, не установляетъ между ними какой либо мыслимой границы, до которой каждый могъ бы на основаніи ея осуществлять свой интересъ. Вмѣсто разграниченія она производитъ тотъ эффектъ, что интересъ кредитора получить 100 долженъ быть удовлетворенъ вполнѣ, до полнаго насыщенія, должникъ же только обременяется, только подчиняется, не получая на основаніи этой нормы никакой арены для осуществленія своихъ интересовъ. Если въ случаѣ долга видѣть «столкновеніе интересовъ», т. е. предполагать, что должникъ не хочетъ платить своего долга, то этотъ интересъ долженъ быть вполнѣ подавленъ.

Кантъ и другіе представители теоріи свободы видятъ существо права въ такомъ устроеніи отношеній, въ такомъ регулированіи поведенія, чтобы свобода одного совмѣщалась со свободою другого, чтобы каждый имѣлъ въ извѣстныхъ границахъ свою сферу свободы; точно также по теоріи разграниченія интересовъ «осуществленію интересовъ каждаго должна быть отграничена извѣстная сфера, или, другими словами, интересы эти для возможности ихъ совмѣстнаго осуществленія должны быть такъ или иначе разграничены» [1]).

Это вполнѣ правильная и симпатичная идея, какъ правно-политическій постулатъ. Она, далѣе, несомнѣнно въ большей или меньшей степени осуществляется въ каждой системѣ права, какъ продуктъ, какъ результатъ сложнаго комплекса нормъ и правоотношеній. Ибо если въ однихъ правоотношеніяхъ я выступаю только въ качествѣ отрицательнаго, связаннаго, обремененнаго субъекта, за то въ массѣ другихъ правоотношеній я—положительный субъектъ. Въ

[1]) Коркуновъ, стр. 39.

результатѣ выходитъ, что у каждаго есть своя сфера юридическаго господства, совмѣщающаяся съ юридическимъ господствомъ другихъ въ ихъ сферахъ. Но это именно сложный результатъ цѣлаго комплекса правоотношеній. Отдѣльное же правоотношеніе (и соотвѣтственная простая норма права) не въ силахъ создать такого эффекта. Оно не даетъ сразу извѣстной мѣрки актива обоимъ субъектамъ, а напротивъ одного обременяетъ пассивомъ, другому даритъ активъ. «Совмѣстнаго осуществленія двухъ сталкивающихся интересовъ» путемъ отмежеванія обоимъ интересамъ извѣстнаго пространства дѣйствія простая норма права, простое правоотношеніе не знаетъ—и ея существа мы никогда не поймемъ съ точки зрѣнія разграниченія сферъ воли или сферъ интересовъ, будемъ ли мы при этомъ имѣть въ виду задачу нормъ права, ихъ содержаніе, ихъ практическій результатъ или цѣли правосоздателей.

Если же имѣть въ виду не опредѣленіе понятія права, а болѣе скромную и легкую задачу указанія одной изъ важныхъ характерныхъ чертъ права съ точки его значенія для жизни человѣческой, то, говоря о разграниченіи сферъ свободы, интересовъ или т. п., для избѣжанія односторонности слѣдуетъ упомянуть рядомъ съ раздѣлительною и соединительную функцію права (какъ мы это сдѣлали выше).

Но вообще въ области права удобнѣе и правильнѣе говорить не о волѣ и свободѣ и не объ интересахъ, а о поведеніи, о дѣйствіяхъ и поступкахъ. Нормы права говорятъ вовсе не объ интересахъ (желаніе выгоды) и не о свободной волѣ, а о дѣйствіяхъ, поступкахъ. Право вообще не запрещаетъ чувствовать какіе угодно интересы и переживать какія угодно волевыя движенія. Съ другой стороны право не даетъ собственно никакому интересу carte blanche для осуществленія. Дѣло въ поведеніи, которое можетъ быть предписано, дозволено или запрещено, совершенно независимо отъ того интереса, которымъ оно вызывается. Напр., весьма интенсивно проявляется и имѣетъ существенное значеніе въ обществѣ интересъ наживы. Но право не говоритъ объ этомъ интересѣ. Пусть себѣ онъ осуществляется безгранично до пріобрѣтенія несмѣтныхъ богатствъ, но запрещается красть, обманывать etc. и притомъ эти дѣйствія запрещаются не только тогда, если они производятся для собственнаго обогащенія, но и тогда, если они производятся изъ ненависти къ противнику или изъ желанія помочь третьему лицу. Съ другой сто-

роны, эти дѣйствія запрещаются не только при томъ условіи, что противникъ заинтересованъ въ сохраненіи своего имущества, но даже въ томъ случаѣ, если бы онъ почему либо имѣлъ интересъ подвергнуться кражѣ.

Право регулируетъ непосредственно не интересы наши, а поступки, и это—двѣ вещи различныя.—

На ряду съ теоріями свободы и интересовъ нельзя не упомянуть еще двухъ теорій, значеніе коихъ въ литературѣ не имѣло и не имѣетъ характера модныхъ теченій, но зато отличается большимъ постоянствомъ.

Сюда относятся теорія порядка и теорія мира.

Та мысль, что праву свойственна функція упорядоченія общественной жизни, что право доставляетъ людямъ блага прочнаго порядка, пользовалась всегда и пользуется и теперь общимъ признаніемъ среди юристовъ. Это выражается даже въ обыденной терминологіи юриспруденціи, въ которой на ряду со словомъ «право» или вмѣсто него, какъ равнозначащее выраженіе, примѣняется выраженіе «правопорядокъ» (Rechtsordnung).

Точно также пользуется общимъ признаніемъ и та родственная идеѣ порядка мысль, что право доставляетъ человѣчеству блага мирнаго общежитія.

И вотъ эти идеи примѣняются многими учеными въ качествѣ элементовъ опредѣленія понятія права, причемъ обыкновенно идея мира и идея порядка соединяются вмѣстѣ и получается характеристика права какъ «порядка мира» (Friedensordnung).

Въ качествѣ характеристики послѣдствій развитой правовой организаціи эти положенія, въ особенности идея порядка, заключаютъ въ себѣ несомнѣнно цѣнныя мысли и возбуждаютъ менѣе сомнѣній, нежели болѣе одностороннія и произвольныя теоріи разграниченія сферъ свободы или интересовъ, охраны свободы, защиты интересовъ и т. п.

Они обнимаютъ не только «разграниченіе», но и соединеніе, не только «защиту», но и идею устраненія поводовъ для нападеній и столкновеній, а равно и тѣ области правовой организаціи, гдѣ вообще представленія посягательствъ, столкновеній, защиты, разграниченія и т. п. не имѣютъ почвы, но тѣмъ не менѣе существуетъ потребность въ установленіи опредѣленной системы дѣйствій (напр., опредѣленнаго порядка преподаванія въ учебныхъ заведеніяхъ, опре-

дѣленнаго порядка дѣлопроизводства въ разныхъ административныхъ учрежденіяхъ), и этотъ опредѣленный порядокъ установляется правомъ.

Для права, какъ было подробно указано выше, въ силу аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, весьма характерно стремленіе къ установленію прочнаго порядка и однообразнаго шаблона; та же аттрибутивная функція права сообщаетъ ему особую годность, какъ элемента и средства общественной организаціи.

Хорошею стороною теорій порядка и мира является также то, что онѣ говорятъ не объ интересахъ, а о поведеніи людей (порядокъ и миръ въ общежитіи означаетъ соотвѣтственное поведеніе гражданъ), т. е. о дѣйствительномъ предметѣ правовой нормировки.

Тѣмъ не менѣе въ качествѣ опредѣленій понятія права или элементовъ таковыхъ и идеи порядка и мира должны быть отвергнуты по общимъ соображеніямъ, указаннымъ выше (стр. 106 и сл.) [1].

§ 12. Заключеніе.

Въ предыдущихъ очеркахъ мы познакомились съ основными идеями, которыя философы и юристы пытались и пытаются утилизировать для установленія понятія права. Изложенная критика ихъ содержитъ въ себѣ и оцѣнку той массы предложенныхъ разными авторами опредѣленій понятія права, которая оставлена нами безъ особаго отдѣльнаго разсмотрѣнія: большинство конкретныхъ опредѣленій представляютъ разныя комбинаціи указанныхъ идей, какъ слагаемыхъ элементовъ, причемъ получающіяся въ видѣ суммы опредѣленія подчасъ достигаютъ такой длины, что уже самъ причудливый внѣшній видъ такихъ безконечныхъ опредѣленій представляетъ наглядное свидѣтельство бѣдствій и затрудненій, испытываемыхъ юристами, «ищущими опредѣленія для своего понятія права». Такихъ длинныхъ или болѣе краткихъ комбинацій разсмотрѣнныхъ нами элементовъ насочинено изрядное количество. Его можно было

---

[1]) Ср. также выше стр. 26 и сл., откуда видно, что правовыя нормы заключаютъ въ себѣ и почву для раздора и даже кровопролитія. Лишь извѣстная сложная организація способна нейтрализовать эту „взрывчатую силу“ права. Въ международной области и теперь порядокъ и миръ въ весьма рѣзкой формѣ нарушаются войнами, и при томъ эти войны нерѣдко вызываются именно правовою психикою, правовыми убѣжденіями, правовымъ раздраженіемъ и т. п.

бы легко увеличить путемъ составленія тѣхъ комбинацій, которыя еще не были предложены, причемъ для облегченія этой задачи можно было бы имѣющіеся въ распоряженіи элементы обозначить буквами *a*, *b*, *c*, *d*, *e* и т. д., выписать всѣ возможныя двучленныя (*ab*, *ac*, *ad*, *bc*, *cd*...), трехчленныя (*abc*, *abd*...) и т. д. комбинаціи, изъ полученныхъ рядовъ вычеркнуть тѣ комбинаціи, которыя заключаютъ исключающіе другъ друга элементы (напр., если $b =$ не - c, всѣ комбинаціи, гдѣ *b* встрѣчается съ *c*) и подставить потомъ вмѣсто буквъ соотвѣтственныя словесныя формулы. Къ такому занятію собственно и теперь уже сводится текущее производство опредѣленій права, только каждый авторъ продѣлываетъ весьма незначительную долю этой задачи, составляетъ и отстаиваетъ обыкновенно только одну изъ массы возможныхъ комбинацій (Іерингъ, который отстаивалъ правильность нѣсколькихъ различныхъ опредѣленій — рѣдкое исключеніе), причемъ нерѣдко не соблюдается указанное выше правило объ устраненіи комбинацій, содержащихъ взаимно исключающіе другъ друга элементы [1]). Но какія бы комбинаціи этого рода ни представляли предложенныя до настоящаго времени или могущія появиться въ будущемъ опредѣленія права, отъ сложенія ошибочныхъ идей получается и можетъ получиться только скопле-

---

[1]) Въ новое время распространилась мода на такія комбинаціи, которыя содержатъ т. н. „матеріальные" признаки въ соединеніи съ „формальными" или безъ таковыхъ. Подъ „матеріальными" опредѣленіями или элементами опредѣленій обыкновенно разумѣютъ указанія на „практическую пользу" или „цѣль" права, такія же опредѣленія или элементы ихъ, которыя не содержатъ такихъ указаній, называютъ „формальными". Многіе новѣйшіе писатели, впрочемъ, считаютъ „матеріальными" главнымъ образомъ тѣ опредѣленія, въ которыхъ встрѣчается слово „интересъ" и называютъ „формальными" или „формалистическими" и такія опредѣленія, которыя тоже имѣютъ въ виду „цѣль" права, но видятъ таковую, напр., въ свободѣ, разграниченіи сферъ воли и т. п. Резоннаго основанія и даже ясно-опредѣленнаго научнаго смысла такія дѣленія и характеристики не имѣютъ. Вообще перенесеніе понятій „матерія" и „форма" (ср., напр., въ назв. выше соч. Штаммлера: „соціальная форма", „соціальная матерія") въ сферу духовной жизни способствуетъ скорѣе затемнѣнію, нежели уясненію дѣла, какъ и примѣненіе здѣсь другихъ метафоръ, возбуждающихъ пространственныя и т. п. представленія. Съ другой стороны частое примѣненіе разныхъ метафоръ и вообще иносказательныхъ и точно не опредѣленныхъ выраженій въ теоріи права является естественнымъ результатомъ отсутствія научной ясности и правильности теоретической мысли въ этой области.

ніе свойственныхъ имъ ошибокъ [1]). Мало того, мы убѣдились выше, что тѣ пути и направленія, въ которыхъ двигалась и движется теперь мысль теоріи права, направленная на установленіе понятія права, таковы, что и созданіе новыхъ элементовъ разсмотрѣнныхъ выше категорій (напр., новыхъ утилитарныхъ теорій, новыхъ формулъ для характеристики офиціальнаго или только позитивнаго права) вовсе не измѣнило бы положенія дѣла и представляло бы только умноженіе разновидностей предусмотрѣнныхъ уже выше ошибокъ [2]).

Научную цѣнность и интересъ представляетъ комбинація разныхъ теорій права, выработанныхъ юристами и философами, не въ качествѣ опредѣленія понятія права, а въ качествѣ описанія разныхъ характерныхъ проявленій и продуктовъ скрываемаго отъ взоровъ изслѣдователей неправильною общею постановкою вопроса существа права.

Въ этомъ смыслѣ не безпочвенны и не лишены зерна истины вообще разсмотрѣнныя выше теоріи въ отдѣльности, а ихъ совокупность представляетъ довольно обстоятельное и многостороннее описаніе такихъ симптоматическихъ явленій въ области права, соединеніе коихъ даетъ прекрасный матеріалъ для діагноза дѣйствующей причины—существеннаго свойства права.

Если сравнить предложенную выше характеристику явленій, по-

---

[1]) По мнѣнію Бергбома (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, стр. 78), теперь уже существуетъ такое исчерпывающее изобиліе теорій относительно всевозможныхъ свойствъ права и элементовъ его понятія, что появленіе какого-либо оригинальнаго опредѣленія въ будущемъ не представляется вѣроятнымъ. Дальнѣйшая работа науки права должна быть направлена на критическую сортировку накопившагося матеріала и составленіе такой комбинаціи признаковъ, такого „инвентаря“ ихъ, который бы содержалъ всестороннее опредѣленіе. Поэтому „опредѣленіе будущаго“, по его мнѣнію, не можетъ быть краткимъ (стр. 82). Изъ нашего критическаго обзора этого матеріала видно, сколь ошибочно такое мнѣніе.

[2]) Мнѣніе Бергбома, что матеріалъ для „творчества“ въ этой области уже исчерпанъ, не представляется достаточно обоснованнымъ. Напротивъ, намъ представляется вполнѣ возможнымъ и дальнѣйшее творчество въ томъ же духѣ. Въ особенности количество теорій, относящихся къ разсмотрѣнной въ предыдущемъ параграфѣ категоріи, можно было бы значительно умножить. Напр., для симметріи къ разнымъ теоріямъ раздѣленія, разграниченія (сферъ свободы, интересовъ и т. п.) можно было бы присоединить теоріи соединенія (напр., опредѣлить право, какъ нормы соединенія интересовъ, какъ нормы коллективной организаціи сотрудничества и т. п.). Въ послѣднія десятилѣтія дѣйствительно творчества не замѣтно, если не считать таковымъ подстановку слова „интересы“ въ разныя формулы теорій свободы.

рождаемыхъ аттрибутивною природою правовой психики (§§ 4, 5), съ совокупностью важнѣйшихъ теорій права, то не трудно замѣтить между ними большое сходство, своеобразный параллелизмъ.

Такъ, напр., какъ на одинъ изъ важнѣйшихъ симптомовъ и результатовъ аттрибутивной природы юридическихъ нормъ, мы указали на значеніе принужденія и репрессіи въ области права. Эта же мысль, только въ искаженномъ видѣ вслѣдствіе возведенія принужденія въ общій и основной признакъ права, лежитъ въ основаніи теорій принужденія.

Порождаемой аттрибутивной природой права потребности въ установленіи однообразнаго шаблона и значенію позитивнаго элемента въ правѣ соотвѣтствуютъ теоріи права, какъ нормъ общественныхъ, какъ нормъ, пользующихся общимъ признаніемъ, теоріи общей воли и т. п.

Организаціонное значеніе права, основанное на аттрибутивной силѣ юридическихъ нормъ, находитъ свое отраженіе въ государственныхъ теоріяхъ, а равно тѣхъ, которыя косвенно отмѣчаютъ значеніе прочной общественной организаціи и т. п.

Успѣхъ и значеніе въ литературѣ теорій разграниченія сферъ свободы, охраны интересовъ и т. п., пожалуй, въ значительной степени объясняются тѣмъ обстоятельствомъ, что эти теоріи представляютъ, хотя и не вполнѣ ясное и точное, отраженіе распредѣлительной функціи права, тѣснѣйшимъ образомъ связанной съ аттрибутивной силой юридическихъ нормъ.

Совокупность тѣхъ явленій, которыя разныя теоріи выдвигаютъ въ отдѣльности, какъ существенные признаки права, можно сравнить съ совокупностью направленныхъ въ разныя стороны вѣтвей, имѣющихъ общій, но для этихъ теорій невидимый стволъ и корень. Отдѣльныя теоріи принимаютъ разныя вѣтви и вѣточки за исходную точку ученія, развиваютъ это ученіе въ направленіи данной побочной вѣтви, не видя не только корня и ствола, но и другихъ вѣтвей короны дерева. Понятіе аттрибутивныхъ нормъ обнаруживаетъ корень и стволъ этого дерева, указываетъ общую связь различныхъ побочныхъ вѣтвей и зависимость ихъ отъ общаго ствола и корня и даетъ возможность какъ синтеза и объясненія совокупности тѣхъ явленій, которыя останавливаютъ на себѣ вниманіе отдѣльныхъ теорій, такъ и примиренія и соединенія этихъ теорій въ видѣ характеристики правового міра.

Такое отношеніе понятія аттрибутивныхъ нормъ къ разнымъ признакамъ, выдвигаемымъ современными теоріями права, является однимъ изъ важныхъ свидѣтельствъ въ пользу этой теоріи и при томъ въ пользу сохраненія и проведенія предложеннаго понятія права въ полномъ его видѣ—безъ урѣзыванія его объема въ угоду общей официально-практической тенденціи науки права, безъ компромисса съ современными, болѣе узкими, точками зрѣнія на право.

Создать такой компромиссъ было бы не трудно. Понятіе императивно-аттрибутивныхъ нормъ можно было бы прежде всего не безъ успѣха соединить съ какою-либо изъ существующихъ формулъ опредѣленія права. Въ этомъ легко убѣдиться, если въ разсмотрѣнныя выше опредѣленія права мысленно вставить понятіе императивно-аттрибутивныхъ нормъ [1]) и сравнить свойства полученныхъ такимъ образомъ формулъ съ прежними опредѣленіями. Нигдѣ такая вставка не произвела бы порчи и не породила бы новыхъ затрудненій, напротивъ, вездѣ она оказалась бы шагомъ впередъ, устраняя разные пороки соотвѣтствующихъ формулъ. Напр., формула: «признанныя государствомъ императивно-аттрибутивныя нормы» во всякомъ случаѣ лучше формулы «признанныя государствомъ нормы», ибо она устраняетъ тѣ правила поведенія, которыя признаются государствомъ, напр., нравственныя правила признаваемой государствомъ или государственной въ тѣсномъ смыслѣ религіи, но признаются не въ качествѣ правилъ, создающихъ для кого-либо притязанія, а въ качествѣ чистыхъ императивовъ (ср. выше стр. 60). Если же предварительно свести государственную организацію на комбинацію императивно-аттрибутивныхъ нормъ, то устраняется и тотъ порокъ государственныхъ теорій, который состоитъ въ definitio per idem, и сохраняетъ силу только высказанный нами выше упрекъ въ излишней узкости такого понятія права. Еще болѣе существенныя улучшенія получились бы для теорій только позитивнаго права отъ комбинаціи съ понятіемъ императивно-аттрибутивныхъ нормъ. Между прочимъ, представители науки международнаго

[1]) Напр.: нормы права суть признаваемыя государствомъ аттрибутивныя нормы;... „принудительныя" аттрибутивныя нормы; нормы права суть общественныя аттрибутивныя нормы;... соотвѣтствующія общей волѣ (общему убѣжденію) аттрибутивныя нормы;... общепризнанныя аттрибутивныя нормы;... организація свободы (порядка, мира) путемъ императивно-аттрибутивныхъ нормъ;... охрана интересовъ путемъ возложенія на однихъ долга и сообщенія другимъ соотвѣтственнаго притязанія etc. etc.

права, смѣемъ думать, не безъ одобренія отнеслись бы къ формулѣ: положительныя императивно-аттрибутивныя нормы, ибо она даетъ имъ все то, что для нихъ въ ихъ области требуется, устраняя, съ одной стороны, такіе международные обычаи, которые не порождаютъ взаимныхъ притязаній, съ другой стороны субъективные правовые взгляды отдѣльныхъ государствъ, не имѣющіе подъ собою твердой почвы установившагося обычая, не основанные и на договорѣ и т. д. [1]). Но и тѣ юристы, кои воспитаны въ кругѣ представленій официіальнаго права внутри государства, должны были бы признать несомнѣнное улучшеніе формулъ «общественныя нормы», «правила, установленныя общеніемъ» и т. п. отъ включенія въ нихъ понятія аттрибутивныхъ нормъ, ибо это во всякомъ случаѣ устранило бы разные «нравы» (правила эстетики поведенія, позитивную общественную мораль и т. д.), не порождающіе притязаній, не говоря уже о теоріяхъ «общей воли», «общаго убѣжденія» и т. п., которыя не въ состояніи путемъ своихъ формулъ исключить даже такія явленія, какъ общее убѣжденіе, что 2 . 2 = 4, или общая воля членовъ шайки заниматься разбоями. Но наиболѣе существенныя улучшенія получились бы отъ введенія понятія аттрибутивныхъ нормъ для тѣхъ теорій, которыя вмѣсто характеристики самого права указываютъ на разныя «цѣли» или полезные плоды дѣйствія права. Это вытекаетъ изъ самаго существа этихъ теорій и не нуждается въ особыхъ объясненіяхъ [2]).

---

[1]) Мы бы не были довольны такою формулою и для международнаго права, ибо международно-правовая жизнь въ весьма значительной степени покоится на интуитивномъ правѣ и можетъ быть удовлетворительно объяснена психологически только на почвѣ знакомства съ природою и психологическими особенностями интуитивнаго права и принятія во вниманіе этого психическаго фактора (подробности будутъ изложены ниже послѣ развитія теоріи интуитивнаго и позитивнаго права).

[2]) Подъ такія изреченія, принимаемыя подчасъ за опредѣленіе права, какъ, напр., что право есть порядокъ мира, условія свободы, что существо права состоитъ въ защитѣ интересовъ, въ обезпеченіи условій жизни общества и т. п., можно съ равнымъ успѣхомъ подвести и нахожденіе на безлюдномъ островѣ, пушки, смерть, хлѣбъ, каналы, дубины и т. п. Подъ формулы въ родѣ правила („нормы") разграниченія интересовъ можно подвести и правила постройки заборовъ, стѣнъ, межеванія и т. п. и при томъ съ большею легкостью и успѣхомъ, нежели большинство нормъ права (подъ нормами, напоминаемъ, теперь обыкновенно разумѣютъ утилитарныя правила, правила, „обусловленныя цѣлью", обстоятельство, которое мы въ пользу разбираемыхъ теорій оставляли въ нашемъ критическомъ обзорѣ пока безъ вниманія, отложивъ относящіеся сюда вопросы до спеціальнаго ученія о нормахъ).

Но, далѣе, вмѣсто одного изъ такихъ компромиссовъ болѣе поверхностнаго свойства, оставляющихъ все-таки разные специальные недочеты существующихъ теперь теорій, хотя бы въ видѣ лишнихъ словъ и фразъ, можно было бы образовать и болѣе серьезное и научное примиреніе теоріи аттрибутивныхъ нормъ съ воззрѣніемъ позитивно-офиціальной юриспруденціи; а именно, установивъ въ качествѣ родового (genus) понятіе аттрибутивныхъ нормъ, а затѣмъ понятіе позитивныхъ и понятіе офиціальныхъ нормъ, можно было бы объявить правомъ:

Положительныя аттрибутивныя нормы, въ международныхъ отношеніяхъ вообще, внутри государства, поскольку онѣ пользуются офиціальнымъ признаніемъ.

Или эту же мысль можно было бы выразить путемъ слѣд. формулы:

Нормы права суть положительныя аттрибутивныя нормы за исключеніемъ тѣхъ, дѣйствующихъ внутри организованнаго союза нормъ, которыя лишены офиціальнаго значенія.

Такая формула должна была бы встрѣтить со стороны юриспруденціи полное одобреніе, какъ доставляющая ей, наконецъ, то, чего она въ теченіе многихъ столѣтій безуспѣшно ищетъ, а именно ясную и сознательную научную формулу, обнимающую то, что она (юриспруденція) инстинктивно относитъ къ праву, и исключающая то, чего она не признаетъ правомъ. А именно эта формула исключаетъ: всѣ правила поведенія, не имѣющія обязательнаго характера; далѣе обязательныя правила (нормы въ нашемъ смыслѣ), не порождающія правъ, притязаній (чисто-императивныя, нравственныя нормы въ нашемъ смыслѣ—эти элементы исключаетъ и наша теорія изъ области права); тѣ порождающія притязанія (аттрибутивныя) нормы, которыя не имѣютъ характера внѣшне-установленнаго шаблона (автономныя императивно-аттрибутивныя убѣжденія каждаго—интуитивное право въ нашемъ смыслѣ); наконецъ, тѣ положительныя аттрибутивныя нормы внутри государства, которыя не удостоиваются офиціальнаго признанія (послѣднія двѣ категоріи наша теорія относитъ къ праву).

Вообще, если предположить, что та инстинктивная классификація, изъ которой исходитъ юриспруденція, называя одни явленія правомъ, другія не-правомъ, правильна, то противъ предложенной формулы нельзя ничего возразить. Противорѣчія, въ которыя запутываются современныя офиціальныя теоріи (неумышленное исклю-

ченіе международнаго права) и только-позитивныя теоріи (неумышленное включеніе внутри-государственнаго неофиціальнаго права), предложенною формулой благополучно устраняются, ибо она основана на сознаніи и констатированіи несознаваемаго теперь дуализма въ правовомъ міросозерцаніи юриспруденціи. Отъ разныхъ definitiones per idem указанная формула свободна вслѣдствіе того, что теорія аттрибутивныхъ нормъ даетъ возможность послѣдовательно и предварительно установленія окончательной формулы опредѣлить существо позитивныхъ и офиціальныхъ нормъ (свести структуру государства, вообще организованныхъ общественныхъ союзовъ, къ дѣйствію императивно-атрибутивныхъ нормъ, распредѣляющихъ право власти и обязанность подчиненія) и т. д.

Но именно дѣло въ томъ, что та классификація, изъ которой исходитъ юриспруденція, ошибочно полагая, что для образованія научнаго понятія права надо только выразить въ видѣ сознательной формулы тѣ критеріи, по которымъ она инстинктивно одни явленія относитъ къ праву, другія сюда не относитъ,—не выдерживаетъ критики.

Эта классификація соединяетъ разнородныя, разъединяетъ однородныя по существу явленія и нарушаетъ правило о единствѣ основанія дѣленія (fundamentum divisionis), исходя сразу изъ двухъ различныхъ основаній (изъ признаковъ позитивности и офиціальнаго признанія).

Если бы какой натуралистъ вздумалъ раздѣлить растенія на годныя для выдѣлки изъ нихъ одежды и негодныя и, во вторыхъ, на годныя для постройки жилищъ и негодныя и затѣмъ объявилъ предметомъ ботаники или «растеніями въ собственномъ смыслѣ», «растеніями въ ботаническомъ смыслѣ» [1]) только 1) тѣ, которыя доставляютъ человѣку волокна для выдѣлки одежды и 2) тѣ, которыя служатъ матеріаломъ для постройки жилищъ,—то положенная такимъ ботаникомъ въ основаніе классификація явленій и полученное въ результатѣ центральное и основное понятіе предлагаемой имъ подъ именемъ ботаники науки были бы вполнѣ аналогичны той классификаціи и тому центральному понятію права, на почвѣ которыхъ юристы стараются построить теорію права. Разница только та,

---

[1]) Аналогично начинаютъ нѣкоторые юристы свое опредѣленіе права, см., напр., Bierling, Juristische Principienlehre, I, § 3: „Recht im juristischen Sinne ist"... („Право въ юридическомъ смыслѣ есть...").

что юристы никакъ не могутъ выразить той классификаціи и того «понятія» права, изъ которыхъ они традиціонно исходятъ, въ видѣ сознательныхъ научныхъ сужденій и формулъ, т. е. что у нихъ къ уродливостямъ классификаціи и центральнаго понятія ихъ науки присоединяется еще отсутствіе сознанія и пониманія самаго содержанія этой классификаціи и этого понятія.

Само собою разумѣется, что на почвѣ такой классификаціи и такого основного понятія, противорѣчащихъ многократно элементарнымъ правиламъ образованія научныхъ понятій, создать сколько-нибудь научную теорію невозможно.

Единымъ основаніемъ и центромъ для синтетическаго построенія теоріи права такое понятіе очевидно не можетъ служить уже потому, что въ немъ самомъ нѣтъ единства, что оно представляетъ сумму двухъ различныхъ категорій.

Мало того, можно напередъ предвидѣть и утверждать, что современная юриспруденція, не говоря уже объ отсутствіи научной теоріи права, какъ систематической совокупности сужденій, не обладаетъ ни однимъ теоретическимъ положеніемъ о правѣ, которое бы удовлеряло требованіямъ науки. Въ лучшемъ случаѣ (т. е. при отсутствіи другихъ ошибокъ) всякое общее сужденіе современной теоріи права о правовыхъ явленіяхъ или ихъ элементахъ должно заключать въ себѣ тотъ существенный научный порокъ, который можно характеризовать какъ ошибку въ предметѣ, къ которому это сужденіе относится (error in objecto).

Въ самомъ дѣлѣ, если мы предположимъ, что современная наука добыла какое либо теоретическое положеніе или рядъ такихъ положеній относительно права въ ея смыслѣ (напр., происхожденія права, развитія его, осуществленія, нарушенія, защиты, элементовъ правовыхъ явленій, нормъ, правоотношеній, субъектовъ, объектовъ, обязанностей, правъ), которыя истинны относительно позитивнаго права вообще, то научный порокъ такихъ сужденій о «правѣ» долженъ заключаться въ томъ, что они высказываются по ошибкѣ только по адресу части того цѣлаго, къ которому они на самомъ дѣлѣ относятся (ибо подъ правомъ современная наука разумѣетъ официальное право + извѣстную часть только-позитивнаго права). Еще хуже тѣ сужденія о правѣ, которыя расчитаны на второй элементъ нынѣшняго «понятія» права, которыя правильны относительно официальнаго права и дѣйствительно не относятся къ исклю-

ченной части позитивнаго права, ибо эти сужденія, будучи отнесены къ праву, высказываютъ необходимо неправду относительно только-позитивнаго права.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы убѣдимся, что дѣйствительно ошибки этого рода являются постоянными спутниками современнаго общаго ученія о правѣ—на всемъ его протяженіи, только онѣ обыкновенно стушевываются или поглощаются еще болѣе капитальными ошибками, подобно тому какъ это мы видѣли въ области попытокъ создать опредѣленіе права.

Съ наглядною иллюстраціей такого состоянія современной теоріи права мы встрѣтимся, между прочимъ, въ слѣдующей части общаго ученія о правѣ, посвященной изученію отдѣльныхъ элементовъ правовыхъ явленій: нормъ и ихъ элементовъ, правоотношеній и ихъ элементовъ: обязанностей, правъ, ихъ субъектовъ, объектовъ. Относящіяся сюда проблемы и ихъ рѣшенія въ современной наукѣ права на ряду съ разными другими ошибками отличаются тѣмъ недостаткомъ, что имъ свойственны ошибки въ предметѣ и объемѣ сужденій, причемъ размѣръ погрѣшности значительно превышаетъ и поглощаетъ тотъ размѣръ, который съ необходимостью вытекаетъ изъ лежащаго въ основаніи современной теоріи понятія права. Эти проблемы и положенія въ дѣйствительности относятся ко всѣмъ правовымъ явленіямъ въ нашемъ смыслѣ, ко всѣмъ императивно-аттрибутивнымъ нормамъ, ко всѣмъ обязанностямъ, закрѣпленнымъ за другими, ко всѣмъ правамъ въ нашемъ смыслѣ, ихъ объектамъ, субъектамъ и т. д., причемъ совершенно безразлично, идетъ ли дѣло о позитивномъ или интуитивномъ правѣ, объ официально признаваемомъ правѣ или правѣ, не пользующемся официальнымъ признаніемъ. По современной же теоріи права эти проблемы и положенія ошибочно пріурочены къ тому, что современная юриспруденція относитъ къ праву, т. е. къ официальному праву и изв. части только-позитивнаго права. Ошибка, которая вслѣдствіе этого получается относительно объема проблемъ и предмета, къ которому выставляемыя для рѣшенія этихъ проблемъ сужденія въ дѣйствительности относятся и по отношенію къ которому они составляютъ истину (по скольку они таковую вообще содержатъ), столь велики, что предсказанное выше a priori, какъ минимальное и необходимое, несоотвѣтствіе мнимаго и дѣйствительнаго предмета положеній официально-позитивной юриспруденціи составляетъ лишь незначительную

часть этой весьма поразительной ошибки, а эта область современной теоріи права, хромающей и въ другихъ частяхъ, получаетъ совершенно уродливый характеръ большого зданія на куриной ножкѣ.

Посему названная часть науки права способна наиболѣе ясно показать необходимость рѣшительно и окончательно отказаться отъ традиціоннаго узкаго взгляда на право и перевести нашу науку на широкій фундаментъ императивно-аттрибутивной психики человѣческаго рода. Уже существующая, вообще резонная, схема этой части науки права такова, что она какъ бы разсчитана на тотъ широкій базисъ, который, по нашему убѣжденію, требуется для науки права вообще, и переводъ ея на этотъ базисъ не разрушаетъ ея, а только установляетъ совпаденіе ширины теоретическаго зданія съ его предметнымъ фундаментомъ, вмѣсто теперешняго яснаго и поразительнаго несоотвѣтствія.

Еще и въ другомъ отношеніи ученіе объ элементахъ правовыхъ явленій имѣетъ особенно важное значеніе для уясненія и научнаго обоснованія предлагаемой теоріи. Оно должно доказать важность той границы, которую теорія чистыхъ императивовъ и аттрибутивовъ проводитъ между правомъ и моралью, теоретическую существенность этого различія (силу и обиліе теоретическаго свѣта, доставляемаго имъ *обѣимъ* соотвѣтственнымъ наукамъ), а равно показать, что выдѣленіе нормативной психики въ нашемъ смыслѣ въ особый классъ явленій съ дѣленіемъ его на два рода по наличности или отсутствію аттрибутивной силы, не только даетъ надлежащій базисъ для двухъ родственныхъ наукъ: права и морали, но вмѣстѣ съ тѣмъ устраняетъ важный порокъ въ современной системѣ наукъ о человѣкѣ вообще, состоящій въ наличности важныхъ и крупныхъ областей психической жизни человѣка, вообще современной системой наукъ не захватываемыхъ, остающихся по недоразумѣнію нераспредѣленными въ вѣдѣніе тѣхъ наукъ, коимъ ихъ вѣдать подлежитъ.

Поэтому, смѣемъ думать, уже слѣдующая часть нашей теоріи права покажетъ, что мысли, намѣченныя въ этомъ изслѣдованіи, и ихъ послѣдствія (въ родѣ примѣра съ лѣшимъ), какъ они ни представляются съ перваго взгляда странными и даже парадоксальными съ точки зрѣнія привычныхъ и кажущихся незыблемыми аксіомами взглядовъ юриспруденціи, высказаны не изъ любви къ парадоксамъ или по научной поспѣшности, а по глубокимъ, во всякомъ случаѣ

съ субъективной точки зрѣнія серіозно продуманнымъ, взвѣшеннымъ и провѣреннымъ основаніямъ.

Само собою разумѣется, что развитіе общей теоріи права, какъ императивно-аттрибутивныхъ явленій психики человѣческой, не исключаетъ дальнѣйшаго построенія на этомъ широкомъ теоретическомъ базисѣ спеціальныхъ теорій разновидностей этого общаго рода.

Сообразно нашему дѣленію права на интуитивное и позитивное намъ придется, послѣ установленія теоріи права вообще, развить, какъ дальнѣйшія спеціальныя вѣтви теоріи права: 1) теорію интуитивнаго права и 2) теорію позитивнаго права.

Сообразно нашему дѣленію права на офиціальное и неофиціальное намъ придется изучить особо вліяніе офиціальнаго признанія или отсутствія такового, вообще развить особыя ученія о неофиціальномъ и объ офиціальномъ правѣ и т. д.

Комбинація указанной общей и спеціальныхъ теорій доставитъ и то теоретическое ученіе, въ которомъ юриспруденція, какъ особая общеполезная профессія, нуждается для надлежащаго рѣшенія своихъ практическихъ задачъ.

ДРУГІЕ ТРУДЫ АВТОРА:

Баронъ, Система римскаго гражданскаго права. Перевелъ съ последняго нѣмецкаго изданія Л. Петражицкій.

Выпускъ первый: Книга I. Общая часть. 1888 г. (Второе исправленное изданіе 1898 г.).

Выпускъ второй: Книга II. Владѣніе. Книга III. Вещныя права. 1888 г. (2-е изд. 1898 г.).

Выпускъ третій: Книга IV. Обязательственное право. 1888 г. (2-е изд. 1899 г.).

Выпускъ четвертый: Книга V. Семейственное право. Книга VI. Наслѣдственное право. 1889 г.

Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten. Drei civilrechtliche Abhandlungen von Leo v. Petrażycki. 1892.

Die Lehre vom Einkommen. Vom Standpunkt des gemeinen Civilrechts unter Berücksichtigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Von Leo v. Petrażycki.

I. Band. Grundbegriffe. 1893.

II. Band. Einkommensersatz. 1. Theil: Grundlegung (S. 1—120). 2. Theil: Zinsen (S. 123—330). 3. Theil: Arbeitseinkommen, Honorar, Unternehmergewinn (S. 333—433). Anhang: Entwurf (II), Civilpolitik und politische Oekonomie (S. 437—628). 1895.

Bona fides въ гражд. правѣ. Права добросовѣстнаго владѣльца на доходы съ точекъ зрѣнія догмы и политики гражданскаго права. Приложенія: I. Модные лозунги юриспруденціи. II. Обязанности юриспруденціи въ Россіи. 1897 г.

Акціонерная компанія. Акціонерныя злоупотребленія и роль акціонерныхъ компаній въ народномъ хозяйствѣ. По поводу предстоящей реформы акціонернаго права. Экономическое изслѣдованіе. 1898 г.

Складъ изданія въ конторѣ газеты „Право",
С.-Петербургъ, Дмитровскій пер., № 6.

